

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE

DES FONDATEURS

DE

SOCIÉTÉS ANONYMES

THÈSE DE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Jeudi 22 Juin 1899, à 1 heure du soir.

PAR

PIERRE DE CATHEU

Président : M. LYON-CAEN, professeur.

Suffragants : { MM. LÉON MICHEL, professeur.
THALLER, professeur.

PARIS

ANCIENNE LIBRAIRIE THORIN ET FILS

ALBERT FONTEMOING, ÉDITEUR

Libraire des Écoles françaises d'Athènes et de Rome, du Collège de France,
de l'École Normale Supérieure
et de la Société des Études historiques.

4, RUE LE GOFF, 4

1899

THÈSE DE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE

DES FONDATEURS

DE

SOCIÉTÉS ANONYMES

THÈSE DE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Jeudi 22 Juin 1899, à 1 heure du soir.

PAR

PIERRE DE CATHEU

Président : M. LYON-CAEN, professeur.

Suffragants : { MM. LÉON MICHEL, professeur.
THALLER, professeur.



PARIS

ANCIENNE LIBRAIRIE THORIN ET FILS

ALBERT FONTEMOING, ÉDITEUR

Libraire des Écoles françaises d'Athènes et de Rome, du Collège de France,
de l'École Normale Supérieure
et de la Société des Études historiques.

4, RUE LE GOFF, 4

1899

INTRODUCTION

1. — La loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés a suscité dès avant sa promulgation de chaudes controverses, et, depuis, les attaques et les critiques les plus variées ne lui ont pas fait défaut, tant de la part de ceux qui, comme M. Emile Ollivier, réclament pour les sociétés une liberté complète (1), que de ceux qui voudraient, au contraire, les enfermer dans un réseau serré de règles et de prescriptions multiples destinées à empêcher la fraude.

Notre intention n'est pas de reprendre l'étude complète de cette loi et du régime des sociétés : ce travail considérable sortirait des limites de notre cadre. Nous nous arrêterons sur un point qui n'est pas sans importance, qui a suscité de multiples difficultés et donné naissance à de nombreuses décisions judiciaires : c'est la question de la res-

pensabilité des fondateurs d'une société anonyme.

Les lois actuelles n'ont pas sur cette question toute la netteté désirable; peut-être même ne pourront-elles jamais l'avoir à cause de la diversité des combinaisons qui peuvent se présenter à l'esprit des intéressés et des nombreuses ressources que trouve l'ingéniosité des fraudeurs dans les lois mêmes que l'on a faites contre eux.

Si quelques-uns trouvent nos lois et notre jurisprudence insuffisantes pour réprimer les fraudes, empêcher les scandales financiers, protéger l'épargne publique, d'autres prétendent que les prescriptions les plus sévères et les plus variées seront toujours impuissantes devant la fraude, et que leur unique résultat sera d'éloigner des affaires les hommes honnêtes et sérieux, peu soucieux d'encourir de terribles responsabilités, de laisser par suite le public devenir la proie des exploiters sans conscience, et d'entraver ainsi le développement du commerce et de l'industrie (1) (2).

(1) On attribue quelquefois à la rigueur de nos lois ce fait que beaucoup de sociétés se fondent sous la protection de législations étrangères qui donnent plus de facilités pour la constitution et diminuent par cela même les responsabilités.

Les charges fiscales y sont aussi moins lourdes.

(2) Voir note 2, page 8.

C'est l'examen de la situation actuellement faite aux fondateurs de sociétés anonymes que nous voulons entreprendre, et le départ entre ces opinions adverses qui veulent protéger l'épargne publique même quelquefois malgré elle, ou au contraire donner à chacun la plus grande somme de liberté possible.

Nous examinerons donc ce qu'on doit entendre par fondateurs de sociétés anonymes, dans quels cas leur responsabilité peut être engagée, quelle est l'étendue de cette responsabilité, puis enfin, au point de vue législatif, s'il y a lieu de l'étendre, de la restreindre ou de la modifier.

HISTORIQUE

2. — L'historique de la question ne présente pas une bien grande importance et le développement des sociétés anonymes est du domaine de l'histoire la plus moderne.

Le besoin des grandes associations de capitaux vient de l'essor considérable qu'ont pris les industries métallurgiques et autres à partir du milieu du dix-neuvième siècle.

Auparavant la société en nom collectif et la commandite simple satisfaisaient à peu près à tous les besoins.

Quand elles sont devenues insuffisantes on s'est tourné vers les sociétés anonymes et les sociétés en commandite par actions.

3. — Les premières étaient rendues à peu près inabordables par le Code de commerce qui exigeait une autorisation du Chef de l'État. Tout l'effort se porta sur les commandites par actions qui prirent à partir de 1830 un développement considérable et ne furent bien souvent, grâce à une jurisprudence favorable, que des sociétés anonymes déguisées.

Pendant certaines périodes (1) la fièvre de la spéculation fut effrénée, les combinaisons les plus extravagantes avaient la faveur du public, et les fondateurs de ces sociétés souvent bizarres, agissant à l'abri de gérants sans crédit et sans moralité, se retiraient sans risques et avec de beaux bénéfices des opérations les moins honnêtes, des escroqueries les plus manifestes (2).

(1) De 1830 à 1838; de 1848 à 1856.

(2) « Des spéculateurs formaient en vue d'un objet quelconque une société en commandite par actions. Ils avaient soin de découper le capital en actions au porteur (c'était plus sûr : ils ne paraissaient

4. — N'aurait-on pas pu tirer un meilleur parti des lois existantes, n'a-t-on pas laissé dévier les

pas dans l'affaire et échappaient à toute responsabilité) et de faire les coupures aussi petites que possible afin de les mettre à la portée de tous. Ils prenaient pour gérant le premier venu, tantôt un individu absolument insolvable, réduit pour vivre à se prêter à tout, tantôt un homme naïf et crédule, sous les yeux duquel ils faisaient miroiter les avantages de la position en lui cachant l'inanité de l'entreprise et la ruine certaine à laquelle il était voué. On lançait l'affaire : une grande apparence extérieure, des réclames dans tous les journaux, l'institution d'un conseil de surveillance dans lequel figuraient les noms les plus sonores (je dis les noms, car les personnes ne surveillaient point), des achats considérables faits par des compères et commentés à grand bruit, la distribution d'un magnifique dividende à imputer sur les bénéfices futurs et pris en attendant sur le capital (c'était ce qu'on appelait *donner un coup de fouet aux actions*), tout cela attirait le public. Il en résultait une hausse sur les titres, souvent le lendemain de leur émission, quelquefois même la veille. « Il y a rarement, écrivait M. Paillard de Villeneuve, même avant la signature de l'acte des actions au pair, car on ne les placerait pas ainsi : le public ne les demande que parce qu'elles coûtent plus cher. Les actions se placent donc avec 50 ou 100 pour 100 de prime. » Dès que la hausse paraissait suffisante les fondateurs vendaient ; ils libéraient leurs titres afin de se mettre en règle avec l'art. 26 ; ils gardaient le surplus, c'était encore un bénéfice honnête. Le tour était joué ; ils se retiraient et les nouveaux propriétaires des titres se trouvaient en présence d'une affaire impossible et d'un gérant sans consistance. La faillite s'ensuivait nécessairement.

Les commanditaires pouvaient faire cela, qu'on le remarque bien, sans se mettre en contravention avec aucune loi positive. Ils pouvaient même faire bien pis suivant le tribunal de la Seine. Qu'on me permette de citer un fait qui a eu à cette époque un grand retentissement.

Il s'agit d'une houillère appartenant à deux personnes qui veulent s'en défaire avantageusement. Comment faire ? Le meilleur moyen est de les mettre en actions. Ces propriétaires fondent une comman-

principes qui devaient régir les sociétés en com-

dite. Ils chargent un ingénieur d'examiner les lieux et d'estimer la mine. Celui-ci, après avoir étudié les choses *avec le plus grand soin*, fait son rapport. Il présente la concession comme étant en pleine exploitation, comme ayant une étendue de 20,017 hectares, c'est la plus vaste de France; le charbon qu'on en tire, comme étant à la fois abondant et d'une qualité supérieure propre, à tous les usages. Il affirme que des puits dès lors en activité peuvent produire 1000 à 1200 hectolitres de charbon par jour, que le prix de revient de chaque hectolitre extrait s'élève à 0 fr. 35 ou 0 fr. 40 au plus, frais généraux compris; aucune des concessions voisines ne pourra soutenir la concurrence. — Après le rapport le prospectus. Les fondateurs annoncent au public que le jour même de la signature de l'acte de société, les 7/9 des actions, c'est-à-dire 3,500,000 francs sur les 4,500,000 francs qui formaient le capital social, ont été retenus, soit par les anciens propriétaires de la concession, soit par des capitalistes. — Ce n'est pas tout : on fait publier dans de nombreux journaux des articles où des conseillers officieux, paraissant tout à fait désintéressés dans l'affaire, se donnent comme en ayant vérifié les conditions, l'exaltent, appellent tous les capitalistes désireux de faire un bon placement à prendre des actions dans la société nouvelle.

Beaucoup se laissent persuader. Puis il vient à être démontré que la houillère en question, estimée et vendue à la société 4,500,000 fr. par ses fondateurs, a été achetée par eux 110,000 francs en 1827, que la concession n'est encore en majeure partie qu'à l'état de recherches et non à l'état d'exploitation; qu'au lieu de 20,000 hectares d'étendue elle en a 12,000, dont la moitié en terrains ne donnant pas de houille; que non seulement les puits indiqués par les fondateurs n'ont jamais fourni chacun 1000 à 1200 hectolitres par jour, mais que la concession tout entière n'a jamais produit plus de 498 hectolitres par jour; que le charbon extrait est très médiocre, et ne peut servir qu'aux usages les moins utiles; que le prix de revient, non compris les frais généraux, s'élève à 1 fr. 14 l'hectolitre.

Les actionnaires portent plainte en escroquerie contre les deux fondateurs. Ceux-ci répondent : « Nous avons vendu le plus cher possible notre marchandise, c'était notre droit. *Licet se invicem cir-*

mandite par actions? Ce sont là questions que nous n'avons pas à étudier (1).

Toujours est-il que l'Empire s'émut de cette situation : il fit la loi des 17-23 juillet 1856 sur les sociétés en commandite par actions. L'effet ne tarda pas à s'en faire sentir, et l'on put constater une décroissance considérable dans le nombre des sociétés en commandite par actions qui se formèrent à partir de cette époque (2).

convenir. Voyez le Digeste; lisez Pothier. Il ne fallait pas vous en rapporter à nous. »

Le tribunal déclare que « si dans les prospectus, annonces, circulaires, etc..., l'exagération et souvent le mensonge ont été mis à la place de la vérité, les faits signalés, quoique réprouvés par la morale, ne sauraient être punis par la loi »; et il renvoie les prévenus des fins de la plainte. — Dans cette affaire le gérant n'était pas en cause d'une façon sérieuse : il prouva sans peine qu'il avait été tenu à l'écart par les fondateurs et que tout avait été machiné par eux. » Ce jugement fut heureusement réformé en appel. Mais, à côté de cette affaire, combien d'autres où les malheureux actionnaires ne purent obtenir de réparation! (Voy. Lescœur : *Sociétés commerciales*, p. 45.)

(1) Voir sur cette question et les précédentes l'intéressant ouvrage de M. Lescœur : *Essai historique sur la législation des sociétés commerciales*.

(2) Une statistique, établie par M. Lescœur, détermine d'une façon curieuse la décroissance des commandites par actions tant en nombre qu'en importance des capitaux engagés. « A coup sûr, ajoute-t-il, les hommes qui avaient souhaité la loi de 1856 et ceux qui l'avaient faite s'étaient bien attendus à une diminution notable du nombre et de l'importance des commandites par actions : c'était précisément le but qu'ils avaient en vue. Mais le chiffre des capitaux annuellement

Mais si le remède était efficace, il restait incomplet, car il ne suffit pas de réprimer les fraudes, il faut encore laisser aux saines initiatives la liberté et les moyens de se développer sans gêne et sans contrainte (1).

Or la loi du 30 mai 1857 et les conventions et décrets qui la suivirent vinrent donner aux sociétés étrangères en France une liberté que les sociétés françaises n'y trouvaient pas.

Le traité de 1860 avec l'Angleterre aggrave encore la situation en mettant notre commerce en concurrence avec celui de l'Angleterre.

Il fallait donc à tout prix modifier la législation sur les sociétés et donner aux associations de capi-

engagés dans ces sociétés tombant de 2 milliards à 20 millions! un tel résultat dépassait leurs prévisions. C'était vraiment, on peut le dire, l'abandon de la forme en commandite, et non ce que l'on avait voulu : la pratique améliorée et purifiée de cette forme. En outre, le législateur avait pensé que l'esprit d'association éprouvant de ce côté des difficultés, se tournerait enfin vers l'anonymat délaissé jusqu'alors. En cela encore il s'était trompé, le nombre des sociétés anonymes autorisées n'augmentait point.

Cinq années seulement s'étaient écoulées depuis la promulgation de la loi de 1856, et déjà elle était universellement condamnée. » (Lescœur : *Sociétés commerciales*, p. 120.)

(1) « La conséquence de la loi de 1856 fut donc en résumé qu'il se forma beaucoup moins de sociétés en commandite que par le passé, et que celles qui se formèrent n'en continuèrent pas moins à ruiner leurs actionnaires. » (Lescœur, p. 125.)

taux des libertés qui leur étaient devenues indispensables : c'était une question de vie ou de mort.

5. — Un premier pas timide dans la voie des améliorations fut tenté par la loi du 23 mai 1863, établissant le type qu'on croyait nouveau pour la France, de la société à responsabilité limitée, dont on pensait qu'il ne pouvait rien exister de meilleur (1).

Ce n'était en somme qu'une société anonyme dont le capital ne devait pas excéder 20 millions (2).

C'est à ce moment-là seulement que commence à apparaître d'une façon nette et sérieuse la responsa-

(1) *Moniteur* du 17 mai 1862.

(2) « Qu'était cette combinaison? Tout simplement l'anonymat; mais l'anonymat débarrassé de cet obstacle qui en fermait l'entrée, l'autorisation, l'anonymat libre ou peu s'en faut. Était-ce donc qu'on se fût aperçu que cette forme d'association était à notre époque la forme par excellence, et que, si jusqu'alors elle avait été à peu près délaissée, si elle n'avait pas rendu les services qu'elle devait rendre, c'était uniquement parce que le législateur l'avait faite inaccessible? Non : cette vérité que j'ai établie, le conseil d'État n'en était pas frappé, il refusait encore de la proclamer. Ainsi il maintenait énergiquement l'idée qu'une société anonyme ne se conçoit pas, abstraction faite de l'autorisation gouvernementale; il affirmait toujours que cette autorisation est nécessaire pour fonder une association dans laquelle personne n'est tenu au-delà de sa mise. Il écartait l'appellation de *société anonyme libre* pour le type qu'il présentait comme encore inconnu; il lui ménageait sous le nom de *société à responsabilité limitée* une place entre la société en commandite et la société anonyme autorisée. » (Lescœur, p. 144.)

On était imbu à cette époque de l'idée que « qui s'oblige oblige le

bilité des fondateurs de sociétés anonymes, car, auparavant, celles-ci étaient extrêmement rares, et l'autorisation qui leur était accordée était une garantie de la régularité de leur constitution, et partant une décharge morale de responsabilité pour les fondateurs. Mais, à partir de 1863, la situation change; les sociétés anonymes se multiplient, et leur constitution est assujettie à des règles précises qu'on ne peut violer sans encourir la nullité, d'où responsabilité pour les fondateurs, d'ailleurs formellement exprimée dans les art. 25, 30, 31.

Nous croyons cependant inutile d'étudier ici d'une façon spéciale les responsabilités (1) établies par cette loi, car outre qu'elle a peu duré, et que son champ d'action a été très restreint par la fixation d'un capital maximum, ses prescriptions sont à peu près les mêmes que celles de la loi du 24 juillet 1867

sien », et que, pour y déroger, pour limiter sa responsabilité à une somme déterminée, il fallait une autorisation spéciale de l'État. (Duvorgier, *Moniteur*, 17 mai 1862.)

On oubliait qu'on est toujours libre de limiter son obligation vis-à-vis de quelqu'un : il suffit de le spécifier dans le contrat, et cela n'est nullement en contradiction avec les principes de notre droit.

(1) Pour plus de brièveté, lorsque dans la suite de ce travail nous parlerons de responsabilité, nous n'aurons en vue que la responsabilité des fondateurs de sociétés anonymes.

sauf quelques modifications n'influant en rien l'étude des responsabilités que nous avons en vue (1).

6. — La loi de 1867 est la base actuelle des sociétés par actions, et la loi de 1893 l'a modifiée dans quelques-uns de ses articles, et non des moins importants.

La première, venue à un moment où les besoins du commerce et de l'industrie étaient de plus en plus impérieux, constituait un sérieux progrès, quelques critiques qu'on puisse lui adresser, sur l'état antérieur de la législation, alors que les nombreuses sociétés anglaises — *joint stock companies limited* — libres d'entraves dans leur pays et favorisées chez nous par le traité de 1862, se disposaient à envahir la France et à drainer ses capitaux.

Quant à la loi du 1^{er} août 1893, elle est le faible résultat des nombreux efforts tentés depuis 1867

(1) Il importe assez peu en effet pour notre étude de savoir par exemple que, d'après la loi de 1867, on peut désormais fonder une société anonyme par actes sous seing privé et à un capital quelconque; ce sont simplement deux nullités qui ont disparu et diminué ainsi dans une faible mesure les cas où la responsabilité d'un fondateur peut être mise en jeu.

Voici d'ailleurs les articles de la loi de 1863 qui intéressent cette responsabilité :

Art. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 14, 24, 25, 30, 31, 32.

jusqu'à nos jours pour combler les lacunes de la loi de 1867, corriger ses imperfections, la refondre tout entière, et la mettre à même de satisfaire les multiples exigences de la civilisation moderne et de concilier les intérêts souvent bien contraires de tous ceux qui gravitent autour des sociétés par actions : fondateurs, administrateurs, actionnaires, créanciers... La tâche est rude, quelques-uns disent même impossible avec le système actuel de confection des lois, et des esprits éminents qui l'avaient entreprise s'en sont découragés.

Il ne faut pas cependant désespérer de voir un heureux législateur nous apporter une solution et se rapprocher de cet idéal qu'on ne peut atteindre sur la terre : La plus grande liberté pour les bons de faire le bien, l'impossibilité pour les mauvais de faire le mal.

CHAPITRE PREMIER

QU'EST-CE QU'UN FONDATEUR

7. — Avant que d'aborder la question de la responsabilité d'un fondateur, il serait intéressant de savoir exactement ce qu'est un fondateur, quels individus peuvent être considérés comme tels, contre qui, en définitive, doivent être exercés ces recours dont nous devons nous occuper par la suite.

Or toute recherche que l'on pourrait faire dans nos lois à ce sujet serait vaine. Pas plus le Code de commerce que les lois qui l'ont suivi ne se sont inquiétées de définir le fondateur. Il semblerait que ce soit une de ces vérités évidentes, un de ses principes nécessaires que l'on admet sans démonstration comme la lumière du soleil ou le postulatum d'Euclide, ou ce fait que la plus courte distance entre deux

points est une ligne droite. Peut être; au contraire, cela tient-il à ce que la qualité de fondateur apparaît comme une chose essentiellement variable et mobile, se modifiant et se transformant sans cesse sous l'effort de l'imagination des hommes, en sorte qu'il soit impossible d'en saisir la notion exacte et de l'enfermer dans le cadre d'une définition sans courir le risque de la voir sortir de ses limites, de voir des hommes trop habiles profiter des textes précis d'une loi pour se mettre en dehors de leur application et fonder des sociétés sans encourir les charges qui moralement devraient leur incomber.

8. — Il ne semble pas cependant que cette seconde conception ait été très répandue, et elle n'a certainement pas été adoptée, ni peut-être même entrevue par les préparateurs et les auteurs de nos lois sur les sociétés. Pour eux, le fondateur était celui qui ne pouvant agir seul et par ses propres ressources avait appelé à son aide des capitaux étrangers pour mener à bien l'entreprise qu'il avait conçue : en dehors de cela il n'y avait pas, il ne pouvait pas y avoir de fondateur, c'était manifeste et ne demandait aucune définition. Cette manière de voir se fait jour dans un texte souvent cité, base des théories de la doctrine et extrait de l'exposé des motifs du

projet de loi de 1863 sur les sociétés à responsabilité limitée. « Dans la pratique, personne ne se méprendra sur ceux que ce mot désigne. Une société, surtout une société nombreuse, ne se forme pas par le consentement spontané de tous ses membres. L'idée première appartient toujours à une ou plusieurs personnes qui après l'avoir mûrie cherchent à la propager. Elles sollicitent et obtiennent des adhésions, elles fondent véritablement la société. Le vœu de la loi est que les fondateurs soient associés. Le premier titre ne peut convenir qu'à ceux qui ont droit au second. Un individu qui par ses soins parviendrait à déterminer un certain nombre de capitalistes, de commerçants ou d'industriels à former une société à laquelle il serait étranger ne serait qu'un agent, un intermédiaire; on ne pourrait pas lui donner le titre de fondateur et considérer comme digne de quelque confiance sa déclaration que le capital est souscrit en entier et que le quart a été versé » (1).

9. — Ce texte officiel est le seul que nous possédions sur la matière, et encore il n'a rien de légal. On en peut conclure tout au plus que ces

(1) Tripiér, *Commentaire de la loi de 1867*, p. 27.

explications ont paru à l'assemblée législative si nettes, si claires, si naturelles qu'elle n'a pas cru nécessaire de les fixer dans une disposition et qu'elle les a acceptées tacitement par le fait même qu'elle n'a rien dit qui leur fût contraire.

On pourrait tout aussi bien prétendre ne pas se trouver lié par une pareille définition, qu'elle n'appartient qu'à son auteur et n'a aucune valeur légale, que le principe de la consécration tacite des opinions d'un rapporteur par une assemblée législative pourrait conduire fort loin, que tout au contraire, si cette définition n'a pas retenu l'attention de l'assemblée, c'est qu'elle n'en était pas digne.

10. — Il est vraisemblable simplement que pour les Chambres, cette qualification de fondateur n'a pas présenté de difficultés et n'a pas paru mériter une définition. C'est, en effet, une question de fait que de savoir si telle personne a, par ses agissements, pris une part assez prépondérante dans la formation d'une société pour mériter d'en être qualifiée le fondateur, et toute définition qui voudrait être trop précise risquerait fort, au contraire, de ne l'être pas : il vaut mieux se contenter de cette notion générale que le fondateur d'une œuvre

est celui qui, s'il n'en a pas eu l'idée première, a au moins partagé cette idée avec d'autres, cherché à la réaliser, à grouper des adhésions, à organiser l'œuvre en un mot et à la mettre en marche. Dans chaque cas particulier, il pourra y avoir lieu d'examiner si tels ou tels actes sont des actes de fondation, mais ce sont là des questions de fait qui échappent à toute définition ou énumération *à priori* et qui ne relèvent que des tribunaux (1).

11. — Aussi aurait-on tort selon nous, ce n'est pas d'ailleurs l'opinion la plus commune, d'exiger que le fondateur soit un associé (2). Le plus souvent, il le sera, au moins pendant les débuts de la société, mais enfin la loi n'exige pas qu'il le soit et on ne doit pas être plus sévère qu'elle. Ne peut-on pas concevoir un homme qui fonde et organise une société sans y souscrire aucune action?

Et celui-là, on ne pourra pas le poursuivre parce qu'il ne sera pas actionnaire! Qui poursuivra-t-on s'il a été le seul organisateur de cette société? Ce cas est rare, peut-être, mais non pas impossible. Et de ce qu'on fonde une société sans y conserver

(1) D. 89. 1. 245. — Lyon-Caen, *Traité des sociétés*, t. II, n° 793.

(2) Voyez dans ce sens R. S. 1889, 26.

d'intérêts, il ne s'ensuit pas qu'on n'ait eu aucun intérêt à la fonder. La question n'a d'ailleurs pas une importance bien considérable, car, en pratique, toujours ceux qui fondent une société y demeurent associés pour attirer les souscriptions, quitte à se débarrasser ensuite de leurs actions.

12. — Cette question mise à part, la doctrine (1) et la jurisprudence (2) ont toujours défini le fondateur comme l'a fait le rapporteur de la loi de 1863 et un arrêt de la Cour de cassation du 21 juillet 1890 établit très nettement son opinion à ce sujet : « Attendu que les demandeurs n'ont point établi que X... ait été l'un des *promoteurs* de la création de la société anonyme de ..., qu'il ait *concouru à en dresser les statuts, à solliciter ou à obtenir des adhésions ou souscriptions*, en un mot, à *réaliser l'organisation du corps social et sa mise en activité*, que l'arrêt attaqué déclare au contraire expressément que X... a été complètement étranger aux actes qui ont précédé la fondation et à ceux qui l'ont constituée... »

13. — Et la Cour de cassation n'a pas abandonné

(1) Pont. Lyon-Caen, etc.

(2) D. 91. 1. 270. D. 95. 1. 173. D. 87. 1. 344. D. 87. 1. 233. D. 83. 2. 113. D. 69. 2. 45.

ces principes et en a fait, au contraire, une juste application en même temps que du principe général de la responsabilité pour le mandant des actes qu'il a ordonnés à son mandataire, dans deux cas où deux individus prétendaient échapper à la responsabilité de fondateur, sous prétexte qu'ils n'avaient pas figuré à l'acte constitutif de la société, alors qu'ils y avaient été représentés par des mandataires (1).

14. — Un autre arrêt (2) de la même Cour va un peu plus loin et considère comme fondateurs ceux qui, simples collaborateurs secondaires, comparses des véritables fondateurs, ont consenti, pour aider à constituer une société frauduleuse, à jouer en apparence le rôle de souscripteurs et de fondateurs qui, au fond, n'était pas le leur : « ... Attendu que l'arrêt attaqué déclare qu'il est démontré par l'ensemble des faits de la cause que les demandeurs en cassation ont concouru à l'organisation et à la mise en mouvement d'une société apparente constituée au mépris de la loi, et que si d'autres ont été les promoteurs de l'entreprise X. et Y. en

(1) D. 89. 1 68. — *Gaz. des trib.*, 12 janvier 1899.

(2) D. 89. 1. 245. (Société des agglomérés de l'Océan.)

s'associant à leurs agissements, en consentant sciemment à devenir leurs comparses, à jouer le rôle de souscripteurs et de fondateurs, ont pris une part active à une œuvre commune de fraude... »

15. — Cependant cet arrêt n'a pas dépassé les limites d'une saine interprétation de la qualité de fondateur.

La Cour avait devant elle deux individus qui n'étaient pas les véritables promoteurs de la société, qui n'étaient que les comparses de ceux-ci, mais qui en apparence avaient bien joué le rôle de fondateurs, s'étaient présentés et avaient agi comme tels : il n'eût pas été juste qu'au moment des responsabilités à encourir, ils aient pu s'en aller d'un cœur léger, disant : Nous ne sommes pas fondateurs. Ce serait vraiment trop commode. On doit supporter les conséquences des actes qu'on a faits, et ceux qui se sont donnés comme fondateurs doivent être condamnés comme tels ; ils devaient savoir qu'en prenant cette qualité, ils s'offraient en garantie, le cas échéant, aux tiers et aux actionnaires ; leur engagement a été accepté par ceux qui ont souscrit, ou contracté avec la société, et ils ne peuvent pas le rompre de leur plein gré en alléguant avoir trompé tout le monde.

16. — Une autre décision, celle-là émanant du Tribunal de commerce de la Seine (1), a voulu aller beaucoup plus loin et n'a pas été sans soulever de vives protestations. Il est vrai que le jugement en question a été réformé en appel, mais le point particulier qui nous intéresse n'a pas été visé par l'arrêt de la Cour, et nous le donnons comme une tendance qu'avaient les tribunaux de tirer les conséquences d'une théorie initiale, fausse à notre avis, qui auraient conduit peu à peu à étendre étrangement la qualification de fondateurs si la loi de 1893 n'était venue modifier l'art. 42 de la loi de 1867. Voici ce jugement : « En ce qui touche Delafond : Attendu que s'il est établi aux débats qu'il n'était *ni fondateur* ni administrateur en fonctions au moment où la nullité de la société a été encourue, il est constant qu'à la première assemblée générale constitutive du 19 mai 1880, Delafond a par son vote reconnu la sincérité de la déclaration faite par les fondateurs, alors qu'il *n'ignorait pas* qu'aucun versement de ce capital n'avait été effectué; Qu'il a donc *concouru* avec les fondateurs et administrateurs en fonctions à la constitution irrégulière de la

(1) 10 nov. 1883. D. 89. 2. 185.

société, et s'est comme eux *substitué à l'être moral...* »

17. — L'objection qu'on a fait à ce jugement (1) d'amener à étendre la responsabilité de fondateur à tous les actionnaires ayant voté dans les assemblées constitutives est accessoire et, d'ailleurs, dénuée de portée, car l'individu en question n'a pas été frappé comme actionnaire ayant voté, mais comme ayant participé sciemment par son vote à une constitution irrégulière de société, ce qui n'est pas la même chose.

18. — Néanmoins les protestations soulevées par ce jugement sont légitimes, puisqu'on arrive à imposer à une personne non désignée par la loi de 1867 la charge très lourde de la responsabilité solidaire du capital social à l'égard des tiers.

19. — Et cependant, si exagérée que paraisse la décision du Tribunal de commerce, elle n'est que la conséquence logique de la théorie des Cours et tribunaux, et notamment de la Cour de cassation sur l'interprétation et l'application de l'art. 42.

La jurisprudence, en effet, ayant à appliquer l'ancien art. 42 de la loi de 1867, d'après lequel les

(1) D. 89. 2. 185, note 2.

fondateurs étaient « responsables solidairement envers les tiers, sans préjudice des droits des actionnaires », l'interpréta et l'appliqua en déclarant que ces fondateurs étaient responsables, à l'égard des tiers, de tout le passif social (1). C'était une interprétation contestable, et d'ailleurs contestée (2); il ne nous importe actuellement que de savoir qu'elle a prévalu jusqu'à la loi de 1893. La conclusion qu'on en a tirée est que lorsqu'une société anonyme était nulle, elle perdait toute existence légale et se trouvait remplacée par une association de fait entre ses fondateurs substitués à son être moral et débiteurs solidaires de tout son passif. De là à considérer comme fondateurs tous ceux qui ont concouru sciemment à la constitution irrégulière de la société, il n'y a qu'un pas d'autant plus facilement franchi

(1) D. 83. 2. 73-74. D. 77. 1. 49. D. 83. 2. 113-114. D. 85. 2. 222. D. 86. 1. 104. D. 87. 1. 344. D. 88. 2. 105. Rivière, *Commentaire de la loi de 1867*, n° 27. Choppart, *Revue critique*, 1878, p. 65. Lyon-Caen et Renault, *Précis de droit commercial*, t. I^{er}, n° 473. Note de M. Griolet. D. 69. 2. 145.

(2) Duvergier, *Collection des lois*, année 1863, p. 387. Romiguière, *Commentaire de la loi de 1863*, nos 159, 162. Mathieu et Bourguignat, *Commentaire de la loi du 24 juil. 1867*, n° 244. Bédarride, *Ibid.*, 479. Alauzet, *Commentaire du code de commerce*, t. II, n° 760. Sourdat, *Traité de la responsabilité*, 4^e édit. n° 1250. Lescœur, *France judiciaire*, année 1877, p. 485, 487. Pont, *Traité des sociétés*, nos 1306, 1307. Boistel, *Cours de droit commercial*, 3^e édit., n° 316.

par le Tribunal de commerce que celui-ci espère préserver ainsi les intérêts de ceux qui ont contracté avec la société, bien plus largement et bien plus sûrement qu'on n'aurait pu le faire avec les ressources du droit commun (art 1382 C. civ.). Celui-ci, en effet, n'accorde aux personnes lésées que la réparation du dommage provenant directement de la faute dont elles se plaignent.

20. — Il n'y a donc rien de surprenant dans la décision du Tribunal de commerce, car celui contre lequel on a pu prouver qu'il avait reconnu par son vote la sincérité d'un versement en numéraire, alors qu'il connaissait parfaitement le caractère fictif de ce versement, celui-là a manifestement concouru à la constitution frauduleuse de la société, et il n'est pas inéquitable de le considérer comme un des co-auteurs du dommage éprouvé par les tiers et les actionnaires; cependant il n'est pas un des promoteurs, un des organisateurs de l'entreprise, le Tribunal le reconnaît lui-même.

21. — Et si les conséquences d'une théorie conduisent à un résultat aussi bizarre, n'est-on pas en droit de se demander si les éléments, les principes de cette théorie ont été exactement posés, si l'on n'a pas eu tort de prétendre que l'ancien

art. 42 imposait la responsabilité solidaire de tout le passif social aux fondateurs de la société et substituait l'association de fait de ces fondateurs à l'être moral de cette société disparue, et d'arriver par une suite nécessaire à étendre la charge de fondateur à tous ceux qui avaient contribué en connaissance de cause à la constitution irrégulière de la société?

22. — Lorsque la loi du 1^{er} août 1893 a paru, son art. 5 a corrigé l'ancien art. 42, en déclarant les fondateurs « solidairement responsables envers les tiers et les actionnaires du dommage résultant de cette annulation ». Cette solution, contraire à celle de la jurisprudence, tranche définitivement une vieille controverse sur l'étendue de la responsabilité des fondateurs. De plus, désormais on ne pourra plus prétendre qu'à l'être moral d'une société nulle se trouve substituée l'association de fait des fondateurs, puisque ce ne sont pas eux qui sont d'abord débiteurs du passif social; on ne pourra plus dire que cette société perd toute vie morale par suite de la déclaration de sa nullité; on devra concevoir, au contraire, qu'elle se survit à elle-même dans l'ensemble de ses droits actifs et passifs actuellement existants, et qu'après la com-

plète liquidation de ceux-ci, seulement, elle aura entièrement cessé d'exister (1). Et cette idée de responsabilité intégrale du passif étant écartée, on ne sera plus tenté d'étendre outre mesure la notion de fondateur pour atteindre d'une façon plus sûre et plus sévère tous ceux qui ont concouru à la constitution irrégulière de la société.

23. — Lorsque l'ensemble des droits actifs et passifs de la société aura été liquidé, c'est alors seulement que sera mise en jeu la responsabilité solidaire du nouvel art. 42 garantissant uniquement du dommage résultant de la nullité. Mais cela ressemble singulièrement à la responsabilité civile de l'art. 1382. La seule différence est que la loi de 1893 établit la solidarité qui sera appliquée de plein droit, tandis que si l'on avait recours aux principes généraux du droit civil, il faudrait pour infliger la solidarité s'appuyer sur cette raison que la responsabilité divise de chacun étant trop difficile à évaluer, il y a une solidarité de fait qui s'impose (2), ou avoir recours à l'application de

(1) C'est d'ailleurs un principe généralement admis en matière de liquidations de sociétés (Lyon-Caen et Renault, *Traité des sociétés*, n° 366. — Pont, *Des sociétés*, t. II, n° 1930), et on ne voit pas pourquoi cela cesserait d'être vrai en matière de nullité de sociétés anonymes.

(2) Demolombe, t. III, n° 281 et suiv., t. VIII, n° 693. Aubry et

l'art. 55 du Code pénal, ce qui supposerait que la faute se complique d'un délit au sens pénal du mot.

24. — Aussi, maintenant que l'art. 42 s'est si fort rapproché du droit commun, la question de savoir si l'on est fondateur ou non a beaucoup perdu de son importance, et depuis 1893 jusqu'à maintenant nous n'avons pas rencontré de contestations judiciaires à ce sujet.

25. — Mais à côté des fondateurs il y a quantité de personnes qui peuvent avoir été mêlées à la constitution de la société; ce sont des collaborateurs comme le banquier qui ouvre ses guichets à la souscription, ce sont les employés subalternes qui ont aidé aux travaux d'organisation, le jurisconsulte qui a donné son avis pour la rédaction des statuts, le courtier qui a réuni des adhésions, des souscriptions, etc.

Jamais, et à juste titre, de pareilles personnes n'ont été considérées comme fondateurs; elles ne sont que des instruments entre les mains des fondateurs.

26. — Ce n'est pas à dire qu'en toutes circonstances elles doivent échapper à toute responsabilité et ce n'est pas injustement que les tribunaux ont frappé ceux qui sciemment ont apporté un concours frauduleux à la constitution de la société.

C'est ainsi que le courtier chargé en partie d'organiser, de lancer une affaire, de réunir les éléments vrais et faux susceptibles de faciliter une émission, de diriger une publicité mensongère, a été condamné par application des art. 1382 c. civ. (dommage à autrui), 59 et 60 c. pén. (complicité), 13 et 15 de la loi de 1867 (1).

De même le banquier qui atteste faussement, de concert avec les fondateurs, avoir entre les mains le montant du quart des actions souscrites, et qui organise une publicité mensongère tombe sous le coup des mêmes articles (2).

27. — Mais, à côté de cela, le banquier de bonne foi qui a placé dans sa clientèle les actions d'une société nulle, après les avoir personnellement souscrites, échappe à l'inculpation de délit et n'est tenu que de reprendre lesdites actions à ses clients en les

(1) D. 89, v^o Société, n^o 38.

(2) D. 93. 1. 263. — 92. 1. 348. — 91. 1. 77.

remboursant, puisqu'il a vendu quelque chose qui n'existait pas (1). Et de plus il a le droit de réclamer à la société, en la personne de ses fondateurs, le montant de son découvert, alors qu'en se rendant acquéreur des titres, il ignorait le vice dont ils étaient infectés, et qu'il est constaté, d'autre part, que le dommage par lui souffert provient directement de la faute des fondateurs (2).

28. — Bien plus, on pourrait conclure à *contrario* de l'arrêt précité, que si ce banquier n'avait fait que prêter ou louer ses guichets pour la souscription et l'émission d'actions, il n'aurait encouru aucune responsabilité d'aucune sorte.

29. — En résumé, on ne peut donner du fondateur que des caractères généraux : c'est celui qui apparaît comme un des promoteurs d'une entre-

(1) D. 94. 1. 158.

« ... Attendu que l'arrêt attaqué constate en fait que les banquiers Portal et fils, ayant placé dans leur clientèle des actions de la Société générale des phosphates qu'ils avaient acquises du sieur Wilton pour se couvrir d'avances faites à ce dernier, *ont été obligés de reprendre ces titres et d'en rembourser le prix* à leurs acheteurs, à concurrence de la somme totale de 414,000 francs, par suite de la divulgation des causes de nullité de la société; — que l'arrêt attaqué déclare en outre que ni Portal et fils, ni leurs cessionnaires, ne connaissaient lorsqu'ils sont devenus actionnaires le vice original d'une entreprise à laquelle ils se seraient bien gardés d'adhérer, s'ils avaient pu soupçonner l'irrégularité de sa constitution... »

(2) D. 94. 1. 158.

prise, qui a participé à son organisation, qui a réuni des adhérents et des souscripteurs, collaboré à la rédaction des statuts, contribué à la réunion des assemblées constitutives. Ces caractères, il appartiendra aux tribunaux de les préciser, d'en faire l'application aux cas particuliers qui se présenteront à eux, si tels ou tels faits rentrent dans leur cadre général (1).

30. — Quant à la question de savoir si un fondateur devait, pour mériter ce titre, avoir des intérêts dans la société qu'il a fondée, nous l'avons résolue négativement (2), contrairement d'ailleurs à une opinion presque unanime, nous refusant à nous montrer plus sévères que la loi.

Enfin, nous avons refusé le titre de fondateurs aux collaborateurs secondaires, simples instruments dans la main des fondateurs, leur laissant simplement les responsabilités de droit commun.

(1) Lyon-Caen, *Traité des sociétés*, t. II, n° 793.

(2) Dans le même sens, Houpin, t. I, n° 384.

Seine, 12 juill. 1888 (R. S. 1889, 26). — Paris, 3 février 1891 (J. S. 1891, 402).

APPENDICE

31. — A côté de la fondation des sociétés, il y a des questions qui ont été peu ou pas du tout traitées par la loi de 1867, qui ne sont pas sans importance, et ont soulevé de multiples controverses. Il s'agit des fusions et transformations de sociétés et des augmentations de capitaux. Les transformations de sociétés ont été traitées bien légèrement dans les art. 19 et 46 de la loi de 1867, mais les autres points ont été complètement passés sous silence. De là, une multitude de difficultés sur la question de savoir s'il y a ou non disparition des anciennes sociétés et création de sociétés nouvelles.

A notre point de vue, la question est un peu différente : en cas de fusions ou transformations de sociétés ou d'augmentations de capitaux, y a-t-il lieu de faire jouer les responsabilités de fondateurs comme dans le cas de création de sociétés, et à qui doivent incomber ces responsabilités?

32. — Dans les cas où on admet la création d'une société nouvelle, il n'y a pas de doute, on doit remplir toutes les formalités d'une fondation, et à cette occasion peuvent incomber des responsabilités;

qui doit les supporter? Ce sont les membres du conseil d'administration de la société primitive qui ont pris l'initiative des modifications et organisé la société dite nouvelle. Quant aux simples actionnaires, qui les ont approuvés par leur vote, ils n'ont jamais été considérés que comme des auxiliaires, et jamais leur responsabilité n'a été mise en cause.

Il pourrait au contraire y avoir plus de difficultés lorsqu'on n'admet pas la création d'une société nouvelle, et que l'on croit simplement au développement de l'ancienne.

33. — Mais au lieu de faire cette distinction, qui peut d'ailleurs avoir son intérêt dans d'autres circonstances, on doit pouvoir trancher la question qui nous intéresse en se plaçant à un point de vue plus élevé, plus général.

34. — Quel est, en effet, le but poursuivi par la loi en déterminant les conditions dans lesquelles devront être constituées les sociétés, et en dehors desquelles toute société devra être considérée comme nulle?

Le but déclaré de ces dispositions, but quelquefois incomplètement atteint, a été de protéger l'épargne publique et tous ceux qui ont contracté avec la société, contre les entreprises d'hommes

sans scrupules pour lesquels tous les moyens sont bons pour s'enrichir aux dépens d'autrui. De là toutes ces prescriptions sur le taux des actions, la nécessité de la souscription intégrale du capital social, et du versement du quart sur chaque action, ou de la libération intégrale des actions, la déclaration notariée et la vérification des apports, etc., et la règle que ceux qui sont chargés de remplir ces formalités, c'est-à-dire les fondateurs, sont responsables des nullités résultant de leur inexécution.

Si donc, par suite d'une modification quelconque, une société se transforme, voit augmenter le nombre de ses actions, ses ressources en argent ou en nature, il devra y avoir lieu pour obéir à l'esprit de la loi à l'exécution de toutes les formalités exigées pour la création de la société de manière à toujours sauvegarder les intérêts et les droits des tiers et des actionnaires. Et à qui doit incomber la responsabilité de l'inexécution de ces formalités, sinon aux seules personnes qui aient dû les accomplir, c'est-à-dire aux administrateurs en fonctions à ce moment (1).

(1) D. 92. 1. 593. — Paris, 26 juil. 1887 (J. S. 890. 152). (R. S. 1887, 582). S. 93. 1. 89 et la note, 17 juillet 1888 (J. S. 1890, 237. R. S. 1889, 65), 20 juin 1891 (J. S. 1892, 70). Lyon-Caen, n° 871.

35. — Quant aux actionnaires qui ont voté les modifications, jamais ils n'ont été considérés comme fondateurs, bien que par leur vote ils aient participé d'une façon essentielle aux actes du conseil d'administration; néanmoins ils ne sont pas des promoteurs, des organisateurs, et ils échappent à la responsabilité de fondateurs (1). Et il ne faudrait pas voir de contradiction à cette théorie dans un arrêt (2) qui condamne des actionnaires comme fondateurs. Ceux-ci, en effet, ne s'étaient pas cantonnés dans leur rôle d'actionnaires, mais ils avaient pris l'initiative de la transformation de leur société, avaient concouru à sa réorganisation et à la rédaction des statuts; ils avaient donc fait acte de fondateurs, et il n'est pas étonnant qu'ils aient été poursuivis comme tels.

(1) S. 87. 4. 299. D. 88. 2. 129. D. 86. 2. 136. — Contra Pont, t. II, n° 876.

(2) D. 87. 2. 233.

CHAPITRE II

DANS QUELS CAS LE FONDATEUR EST-IL RESPONSABLE ?

36. — Le principe de la responsabilité des fondateurs est contenu dans l'art. 42 de la loi du 24 juillet 1867 modifié par l'art. 5 de la loi du 1^{er} août 1893 :

« Lorsque la nullité de la société ou des actes et délibérations a été prononcée aux termes de l'*article précédent* les fondateurs auxquels la nullité est imputable, et les administrateurs en fonctions au moment où elle a été encourue, sont responsables (1) solidairement envers les tiers et les actionnaires du dommage résultant de cette annulation. »

37. — Et l'art. 41 auquel se réfère celui que nous venons de citer déclare « nulle à l'égard des inté-

(1) Ancien texte : « Sont responsables solidairement envers les tiers sans préjudice des droits des actionnaires. »

ressés toute société anonyme pour laquelle n'ont pas été observées les formalités des art. 22, 23, 24 (qui renvoie aux art. 1, 2, 3, 4) et 25 ».

D'après la loi, formelle en ce point, les fondateurs sont donc toujours responsables lorsque la société est nulle; mais sont-ils responsables en d'autres circonstances? c'est une question que nous verrons plus loin (n° 48).

38. — Et d'abord une société est nulle pour inobservation de certaines formalités prescrites par la loi, formalités nombreuses et souvent critiquées.

39. — La première (art. 22) interdit aux fondateurs d'établir dans les statuts que la société sera administrée par des mandataires à vie, non révocables et choisis en dehors des associés.

40. — L'art. 23 fixe ensuite à 7 le nombre minimum des associés.

41. — L'art. 1^{er} (auquel se réfère l'art. 24 de même qu'aux trois suivants), modifié dans ses deux premiers paragraphes par la loi du 1^{er} août 1893, fixe le taux minimum des actions à 25 ou 100 francs suivant que le capital est inférieur ou supérieur à 200,000 francs, et prescrit que le capital émis doit avoir été intégralement souscrit; de plus les actions doivent être complètement libérées lorsqu'elles n'ex-

cèdent pas 25 francs ou du quart seulement lorsqu'elles sont de plus de 100 francs. Il faut encore que cette souscription et ces versements soient constatés dans une déclaration notariée à laquelle seront jointes la liste des souscripteurs l'état des versements, un double ou une expédition de l'acte de société.

42. — Enfin l'acte de société, s'il est sous seing privé, aura dû être fait en double original dont l'un aura été déposé au siège social et l'autre annexé à la déclaration notariée (1).

43. — L'art. 2, sans intérêt pour les fondateurs, modifie simplement les dispositions des lois antérieures (2) relativement à la négociabilité des actions.

44. — L'art. 3 a été complètement modifié par la loi du 1^{er} août 1893 (3). Il établit que, dorénavant, les

(1) En fait, il faut de plus nombreux exemplaires de l'acte de société pour satisfaire aux obligations de publicité.

(2) Les lois de 1856 et de 1863 exigeaient que les actions fussent libérées des deux cinquièmes pour être négociables.

(3) Ancien texte : « Il peut être stipulé, mais seulement par les statuts constitutifs de la société, que les actions ou coupons d'actions pourront, après avoir été libérés de moitié, être convertis en actions au porteur par délibération de l'assemblée générale. Soit que les actions restent nominatives après cette délibération, soit qu'elles aient été converties en actions au porteur, les souscripteurs primitifs qui ont aliéné les actions et ceux auxquels ils les ont cédées avant le versement de moitié restent tenus au paiement du

actions libérées seules pourront être au porteur, fixe le régime et les conditions d'existence des actions d'apport et établit la responsabilité des titulaires et cessionnaires d'actions incomplètement libérées.

45. — L'art. 4, complété par le deuxième alinéa de l'art. 27 et par l'art. 30, détermine les conditions dans lesquelles doivent être faits les apports en nature, vérifiés et approuvés par deux assemblées générales.

46. — Enfin, l'art. 25 règle les dernières conditions de constitutions d'une société : vérification des souscriptions et versements, nomination des administrateurs.

47. — Pour fonder une société, il faut donc satisfaire aux prescriptions éparses dans ces nombreux articles et qui peuvent se grouper en un certain nombre de règles concernant :

- 1° Le nombre minimum des associés;
- 2° La souscription intégrale du capital social;
- 3° Le taux des actions;
- 4° La forme des actions;
- 5° Le versement du quart sur chaque action et

montant de leurs actions pendant un délai de deux ans à partir de la délibération de l'assemblée générale, »

même intégral pour les actions d'apports et de 25 francs;

6° La déclaration notariée;

7° L'approbation des apports en nature;

8° La vérification des souscriptions et versements, nomination des administrateurs et acceptation de leur part;

9° La composition des assemblées constitutives.

Tel est l'ensemble des points sur lesquels doit porter l'attention du fondateur pour éviter toute violation de la loi et dégager ainsi sa responsabilité civile.

48. — Mais, sont-ce là les seuls cas où cette responsabilité puisse être mise en jeu? Oui, car les autres dispositions de la loi de 1867 (1) qui imposent des responsabilités se placent au point de vue pénal, et leur étude sort du cadre de ce travail.

Mais, si nous nous refusons à reconnaître dans la loi de 1867 d'autres cas de responsabilité que ceux établis par les art. 41 et 42, il ne s'ensuit pas que nous voulions écarter l'application des principes généraux de notre droit énoncé notamment dans l'art. 1382, C. civ.

(1) Loi du 24 juillet 1867, art. 45.

49. — Nous allons maintenant dans les sections qui vont suivre aborder l'examen des diverses formalités constitutives des sociétés, de manière à pouvoir déterminer et préciser dans quels cas les fondateurs peuvent être poursuivis en responsabilité.

SECTION I

Nombre minimum des associés.

50. — Le nombre minimum des associés que doit comprendre une société anonyme est fixé par l'art. 23 de la loi de 1867 : « La Société ne peut être constituée si le nombre des associés est inférieur à sept. » Et la sanction de cette disposition est établie par l'art. 41 qui déclare nulle toute société contractée contrairement aux dispositions de l'art. 23. On trouve aussi dans le corps de la même loi l'art. 38 qui vise également le cas où une société compterait moins de sept membres ; mais cet article ne nous intéresse pas, car il établit ce qui devient une société régulièrement constituée lorsque le nombre de ses membres descend au-dessous de sept, et il ne vise en aucune façon les règles sur la constitution de cette société.

51. — Quant à ce nombre sept, il n'a aucune raison d'être par lui-même, et on concevrait facile-

ment qu'un autre eût été choisi. On le trouve dans le projet de loi votée au Sénat en 1883, parce qu'il était dans la loi de 1867; celle-ci l'a emprunté à l'art. 2 de la loi de 1863 qui l'a tiré de la législation anglaise. Il a été fort discuté, mais comme on ne pouvait la remplacer par aucun autre qui ne fût également discutable, ne s'est résigné à ne pas le modifier (1).

52. — Quoi qu'il en soit, cette prescription de la loi de 1867 est très claire et très nette, et a donné lieu à fort peu de décisions judiciaires, d'autant plus qu'il est facile de la tourner tout en lui restant soumis.

Trois, quatre ou cinq gros capitalistes pourront toujours constituer leur société et ne seront jamais en peine de trouver un, deux ou trois individus souscrivant chacun une action de 100 francs, quand même on devrait leur donner la somme nécessaire pour acquitter leur souscription : c'est absolument correct et on ne peut rien y reprocher. Si, au contraire, les principaux associés avaient mis en avant des souscripteurs fictifs devant leur servir

(1) Nous croyons qu'il eût été beaucoup plus simple de ne pas fixer un nombre minimum et de laisser à ce sujet toute liberté aux personnes désireuses de s'associer.

de prête-noms et des actions desquels ils auraient retenu la propriété, il y aurait alors violation de la loi, et partant nullité (1). De même serait nulle la société dont un des membres ne serait pas juridiquement capable (2).

53. — Cependant, un cas plus intéressant s'est présenté. C'est celui où la société comprend bien sept associés, mais ne compte néanmoins que six actionnaires, ce qui n'est pas contradictoire. Voici l'espèce : une société se constitue pour exploiter un brevet, les actions créées sont partagées entre six actionnaires, et l'apporteur du brevet reçoit des droits aux bénéfices éventuels de la société, mais n'a aucune action. C'est une société parfaitement licite au point de vue des principes généraux du droit civil, mais est-ce une société régulière aux yeux de la loi de 1867?

Le cas n'a pas été prévu par la loi. Son texte parle de sept associés, mais son esprit ne conçoit il pas ces associés comme des actionnaires?

Il a été jugé, à bon droit selon nous, que la

(1) Cass., 28 décembre 1891 (J. S. 1892, 343. — R. S. 1892, 127). D. 93. 1. 173. — D. 95. 1. 101. Cass., 28 décembre 1891 (J. S. 1892, 343).

(2) D. 96. 2. 307.

loi n'exige que sept associés et que, dans une pareille matière, on n'a pas le droit, sans texte précis, d'aggraver des dispositions déjà bien assez rigoureuses (1).

54. — Ce sont là à peu près les seuls faits qui puissent donner lieu à quelques difficultés à propos de l'art. 23, car il est trop simple pour n'être pas appliqué et il serait puéril de risquer la vie d'une société en violant une règle relativement si peu gênante.

(1) D. 83. 2. 73.

SECTION II

Souscription intégrale du capital social.

55. — La souscription intégrale du capital social est une condition exigée par la loi pour garantir les souscripteurs et les tiers de la sincérité de l'opération qu'on entreprend. Elle a pour but « d'asseoir la société sur une base solide, d'établir son crédit, et de la présenter dans les conditions les plus propres à inspirer la confiance (1) ». Cette condition, bien que n'existant pas dans le Code de commerce, était imposée en fait aux sociétés anonymes pour lesquelles l'autorisation était subordonnée à son exécution (2). Depuis, elle a passé dans la loi de 1856 et dans celle de 1867.

56. — Cette souscription est l'engagement que prennent les actionnaires d'apporter leur argent à la société en échange du nombre d'actions qu'ils

(1) Pont, *Sociétés commerciales*, n° 878.

(2) Mathieu et Bourguignat, p. 14.

ont demandées. Elle constitue un contrat synallagmatique entre l'actionnaire et la société, par lequel le premier s'engage à prendre les actions demandées et à les payer et accepte l'obligation contractée par la société de lui délivrer les actions pour lesquelles elle a ouvert une souscription. Mais il n'y a là, de chaque côté, qu'une obligation conditionnelle, car, au moment où l'actionnaire souscrit, la société n'existe encore qu'à l'état de chose possible et n'existera peut-être jamais : si elle arrive à se fonder, le contrat devient définitif, sinon il ne s'est jamais formé.

57. — Il résulte de là que toute personne capable de s'obliger peut souscrire. Mais la question de savoir si tel ou tel est capable, devient très grave, car de la solution qu'on donnera dépend l'existence ou la nullité d'une société. On distingue généralement à ce sujet suivant que la souscription est accompagnée ou non d'une libération intégrale.

58. — Dans le premier cas, on considère la souscription comme constituant un emploi de fonds présentant tous les caractères d'un acte d'administration, et on n'exige des souscripteurs que la capacité de faire des actes d'administration. Aussi peuvent souscrire : 1^o la femme séparée de biens sans

l'autorisation de son mari (1) et à plus forte raison la femme séparée de corps (2); 2^o le mineur émancipé sans l'assistance de son curateur s'il s'agit du placement de ses revenus, et avec l'assistance de ce dernier s'il s'agit du placement de capitaux (3); 3^o le tuteur sans aucune autorisation. Cependant à ce sujet une difficulté pourrait naître de ce que la souscription d'actions d'une société de commerce est un acte de commerce, et qu'un tuteur ne peut pas faire pour son pupille un acte de commerce, même isolé, fût-ce avec l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal. Mais devant une conséquence aussi rigoureuse qui interdirait au tuteur de placer les fonds de son pupille en aucune des innombrables valeurs mobilières constituant une très grande partie de la fortune publique, et qui lui rendrait ainsi très difficile la gestion dont il est chargé, on a fait plier la logique, et pour ne pas la froisser trop brutalement on a déclaré que ce n'était pas faire acte de commerce que de souscrire et de payer immédiatement des

(1) Pont, n^o 32.

(2) Celle-ci est pleinement capable, depuis la loi du 6 février 1893.

(3) Pont, n^o 28.

actions complètement libérées. C'est cette théorie qu'exposent très nettement MM. Lyon-Caen et Renault au n° 76 de leur ouvrage sur les sociétés, en se faisant l'écho de la majeure partie de la doctrine et de la jurisprudence : « La capacité de faire des actes de commerce, disent-ils, n'est assurément pas nécessaire lorsqu'il s'agit d'une personne qui verse immédiatement sa mise ou qui achète des actions sans intention de les revendre. Il y a alors un simple placement de fonds; la capacité de faire des actes d'administration est suffisante. »

59. — Si au contraire les actions ne sont pas complètement libérées, ne peuvent souscrire que ceux qui ont la capacité de s'obliger commercialement; donc en sont incapables : 1° le mineur (1); 2° la femme, même séparée de biens, sans l'autorisation de son mari (2). Mais la femme séparée de corps trouve dans la loi de 1893 le plein exercice de sa capacité civile et n'a besoin d'aucune autorisation. 3° Le mineur émancipé, sans l'autorisation de ses parents, ou à leur défaut sans l'autorisation du père de famille et l'homologation du tribunal (art. 2.

(1) Seine, 10 mars 1885.

(2) Cass., 25 mai 1886. Seine, 20 mars 1886. Paris, 4 novembre 1887.

C. com.). 4° Le tuteur, même avec l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal. Sur ce point un arrêt de la Cour de Paris (1) veut faire application de la loi du 27 février 1880 et permet au tuteur de souscrire, pourvu qu'il ait l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal lorsqu'il s'agit de plus de 1500 francs. Mais cette décision isolée a été vigoureusement combattue. M. Lyon-Caen (2), en particulier, démontre que la loi de 1880 ne s'applique pas, en notre cas, qu'elle ne vise que l'aliénation des valeurs du pupille et les délais dans lesquels doivent être faits les placements de capitaux, mais qu'elle ne règle nullement les conditions suivant lesquelles devront être faits ces placements (3). Il établit ensuite que jamais, même muni d'autorisations, le tuteur ne pourra souscrire pour son pupille des actions incomplètement libérées; que la souscription, en effet, est un acte de commerce et que jamais on n'a admis le tuteur à faire des actes de commerce pour son pupille, que ce serait livrer celui-ci aux

(1) S. 85. 2. 97. et la note de M. Lyon-Caen.

(2) Paris, 13 janvier 1885 (R. S., 1885, 262).

(3) D'ailleurs, le Code civil n'impose aucune règle au tuteur pour le placement des capitaux du mineur.

dangers de la spéculation, et même que ç'aurait été l'exposer à la contrainte par corps, avant la suppression de celle-ci; que cette contrainte a disparu, il est vrai, mais que l'argument qu'on en peut tirer n'en subsiste pas moins, puisque l'esprit de nos lois n'a pas été modifié par cette suppression.

60. — Quant à ce qui est du caractère commercial de la souscription, il est très généralement admis. Les principales raisons en sont que les actionnaires devant garantir les tiers dans la limite de leur souscription des conséquences des opérations commerciales faites par la société, se trouvent par le fait même obligés commercialement, et que, du reste, il serait fâcheux de partager entre les tribunaux civils et de commerce la connaissance de litiges qui peuvent s'élever à propos de sociétés. Néanmoins, cette souscription d'actions n'est pas sans quelque apparence d'un acte civil et cette seconde théorie, qui ne nous intéresse qu'indirectement, compte encore quelques partisans convaincus (1).

61. — La souscription étant exigée non seulement dans l'intérêt de la société, mais encore des tiers

(1) Voyez Thaller, *Traité élémentaire de droit commercial*, p. 162.

qui contractent avec elle, doit nécessairement constituer un engagement pur et simple, sans terme ni condition, sinon la règle de la souscription intégrale serait facilement tournée. Ceux des actionnaires qui auraient souscrit purement et simplement se trouveraient engagés dans une société différente de celle dont ils avaient voulu faire partie, les tiers auraient contracté avec la garantie illusoire d'un capital ou d'une fraction de capital qui peut se dérober à eux, la société elle-même se trouverait atteinte d'un vice fonctionnel latent qui pouvant se révéler soudain l'arrêterait dans son développement, la frapperait de nullité et pourrait être la cause des plus graves désordres financiers. Ainsi la souscription ne pourrait être subordonnée à l'obtention des fonctions d'administrateur, ni accompagnée de cette clause que les actionnaires pourront se faire rembourser leurs versements, ou bien se libérer de leur obligation en abandonnant ce qu'ils ont déjà versé.

62. — Une souscription doit également être sincère, et toutes celles qui présenteront un caractère fictif devront être rigoureusement annulées. C'est en cette matière surtout que se donne libre cours l'imagination des fraudeurs pour constituer

des sociétés contrairement aux prescriptions de la loi. Les combinaisons sont multiples à ce sujet; la plus fréquente consiste pour un financier à faire souscrire par ses employés des actions non libérées, dont il fait monter les cours et qu'il jette dans le public. Avec le prix qu'il en retire, il libère ces actions, la différence qui existe entre leur taux et le prix de vente constitue son bénéfice (1). Néanmoins, ces souscripteurs fictifs, nonobstant toute stipulation contraire (2), demeurent obligés envers les tiers pour le montant de leur souscription.

De même devrait être considérée comme fictive la souscription faite par une personne pour le compte d'une autre frappée d'une incapacité, comme le notaire qui ne peut recevoir un acte où il se trouve personnellement intéressé (3). Mais on devrait considérer comme régulière (4), la souscription d'une personne qui a cédé ses droits à d'autres, moyennant une prime quelques jours seulement après la constitution de la société.

D'une façon générale, on ne peut déterminer

(1) D. 93. 1. 173. D. 90. 2. 325. D. 92. 2. 347. D. 95. 1. 101. D. 92. 1. 361. D. 89. 1. 245.

(2) D. 89. 1. 245.

(3) D. 90. 1. 13.

(4) D. 88. 2. 129.

quels sont les caractères d'une souscription fictive; c'est une question de fait et de circonstances qui dépend de l'appréciation du tribunal (1).

63. — Peut-on critiquer la souscription d'un insolvable? Non, en principe. Toute personne insolvable peut très-régulièrement s'obliger. Cependant la souscription d'une personne notoirement insolvable devrait être considérée comme nulle et non avenue (2). Mais si l'insolvabilité n'était connue que par l'un ou quelques-uns des fondateurs, il faudrait tenir la souscription pour valable, sauf à permettre à la société de se faire indemniser par ce ou ces fondateurs qui lui ont porté préjudice en acceptant une pareille souscription (3). On peut même être amené par les circonstances, à considérer des souscriptions d'insolvables comme des opérations fictives (4). C'est là une question de fait.

64. — Quant à ce qui est de la souscription d'actions émises au-dessous du pair, elle est inadmissible, car elle conduirait à fonder une société avec un capital effectif inférieur à son capital nominal,

(1) D. 95. 1. 105.

(2) Lescœur, n° 267.

(3) Lyon-Caen, n° 688.

(4) D. 92. 1. 361.

ce qui serait contraire à la loi. Toute personne qui souscrit s'oblige à payer la somme mentionnée sur le titre qu'on lui délivre : c'est la garantie des tiers (1).

Bien qu'irrévocable, l'engagement des souscripteurs peut cependant être annulé pour l'un des vices de consentement du droit commun mentionnés dans l'art. 1109, C. civ. Mais il faut remarquer que, par application des principes généraux du droit, la nullité pour cause de dol ne peut être invoquée que contre l'auteur des manœuvres dolosives, et que par suite ces manœuvres ne peuvent être opposées par le souscripteur aux créanciers sociaux, ni au liquidateur chargé de réaliser l'actif (2).

65. — Dans quelle forme doit se faire la souscription? C'est une question qui n'a pas été tranchée par la loi, et si on peut la résoudre à l'aide de principes généraux, on ne peut cependant pas lui appliquer une règle spéciale et particulière.

66. — La souscription est une convention synallagmatique entre le souscripteur et la société pos-

(1) Inversement il n'y a aucun motif pour s'opposer à l'émission d'actions au-dessus du pair. Le vœu de la loi est rempli, et au delà. Quant aux actionnaires, ils sont bien libres de s'engager dans ces conditions si cela leur convient.

(2) Lyon-Caen et Renault, p. 497. Houpin, p. 302.

sible, mais non encore existante, représentée par les fondateurs, ses gérants d'affaires. Mais comme c'est, pour le plus grand nombre des auteurs, un acte commercial, on ne peut songer à appliquer l'art. 1325 du Code civil, qui établit des règles particulières pour la forme des actes sous seing privé, puisque le Code de commerce admet toutes espèces de preuves (art. 109, C. com.)

On peut donc souscrire par toutes sortes de moyens, même par simple déclaration verbale, les obligations commerciales pouvant se prouver par témoins (1). En général, les sociétés fournissent des formules de souscriptions tout imprimées, et on considère le capital comme intégralement souscrit, lorsqu'aucune protestation ne s'élève contre le fait, pour quelqu'un, de figurer sur la liste jointe à la déclaration notariée. Mais si une personne figure à son insu sur les listes d'adhérents, elle ne se trouve obligée pour cela envers qui que ce soit et la société se trouve viciée dans son origine.

67. — La nécessité de la souscription intégrale s'oppose également à la constitution de sociétés par émissions successives, procédé possible et usité sous

(1) Bonnier, *Traité des preuves*, n° 676. Lyon-Caen, t. III, n° 58.

l'empire du Code de commerce. On fondait une société pour laquelle on espérait un brillant avenir, mais comme ses débuts devaient être modestes, on n'émettait d'abord, pour ne pas s'encombrer de capitaux, qu'une partie des actions, puis les affaires se développant, les administrateurs pouvaient émettre d'autres actions. Avec la loi actuelle cette méthode est inapplicable, malgré les avantages qu'elle pourrait présenter; mais on peut y suppléer assez facilement en n'appelant d'abord qu'une partie des sommes souscrites, puis en faisant compléter plus tard les versements, en procédant à des augmentations de capital ou à des émissions d'obligations.

68. — Qu'advient-il de la société si, malgré le zèle et les efforts de ses associés, le total des souscriptions n'atteint pas le chiffre qu'ils ont fixé comme nécessaire à leur entreprise?

Il est certain que la société ne peut pas se constituer avec un capital nominal supérieur aux sommes souscrites. La première solution qui apparaît serait de rembourser aux souscripteurs ce qu'ils ont apporté et de déclarer la société inexistante. Dans ce cas, les frais devraient rester à la charge des fondateurs qui ont voulu courir le risque

de la constitution. Quant aux souscripteurs, ils ne peuvent être contraints d'y contribuer, car ils ne sont que des actionnaires conditionnels qui se sont obligés sous la condition expresse que la société se constituerait : celle-ci n'ayant pas réussi à se former, ils ne doivent rien à personne.

69. — Mais ne peut-on pas concevoir que l'assemblée de ces souscripteurs décide que le capital nominal sera réduit à ce qui a été effectivement réuni et que la société fonctionnera ainsi? Si l'on veut faire faire cette réduction par la simple majorité de l'assemblée, certainement non, ce n'est pas possible. Les souscripteurs ont formé un contrat synallagmatique dans des conditions déterminées, et personne, pas même une majorité, n'a le droit de modifier malgré eux les conditions primordiales, essentielles, de leur contrat; ce serait un empiètement grave sur la liberté des conventions. Mais si tous ces souscripteurs sont d'accord, à l'unanimité, pour décider que le capital nominal de la société sera ce qu'ils auront souscrit, pourquoi les en empêcher? Les conventions sont libres et il n'y a là aucun empêchement de moralité ni d'ordre public. On objecte que la loi est formelle. Certainement, mais encore faut-il la comprendre et ne pas

l'exagérer. Elle a voulu la souscription intégrale du capital pour éviter ce danger réel et grave qu'une société, une fois constituée, s'annonçant avec un capital déterminé, n'existe et ne vive en fait qu'avec des ressources bien moindres : il y a là un péril pour les tiers qui peuvent compter sur un crédit purement nominal, et même pour les actionnaires qui peuvent se trouver engagés dans une entreprise peu viable. Mais la loi n'a pas voulu dire qu'un essai de société à un capital donné ne pourrait pas être réalisé avec un capital moindre. Supposez un homme qui veut fonder une société au capital de 2 millions. Il trouve des actionnaires qui lui apportent 1,800,000 fr. et qui sont d'accord pour réduire le capital à ce chiffre : en quoi la loi est-elle violée ? La société n'existait pas avant leur décision ; après celle-ci, et l'exécution de l'ensemble des autres formalités exigées, la société s'est trouvée constituée *ab initio* à un capital déterminé représenté par les actions souscrites : la souscription est intégrale. Les actionnaires ne peuvent être lésés, puisqu'ils sont d'accord. Les tiers ne peuvent pas l'être non plus puisque la publicité organisée par la loi les prévient nécessairement du capital qu'ils ont en face d'eux. Que leur importe, d'ailleurs, qu'on ait essayé de

monter la société sur un pied plus considérable, puisqu'à ce moment-là elle n'existait pas encore et qu'ils n'avaient pas à traiter avec elle (1).

Bien plus, en conséquence des mêmes principes, on doit pouvoir dire qu'il est légitime d'introduire dans les statuts que l'on présente aux souscripteurs la clause suivante : si le capital fixé n'est pas atteint, la simple majorité aura le droit de la réduire aux sommes réellement souscrites. Ceux qui souscrivent dans ces conditions savent à quoi ils s'engagent, et les éléments essentiels de leur contrat ne sont pas modifiés ou violés. Quant aux tiers, ils n'ont jamais eu en face d'eux qu'une société dont le capital souscrit est égal au capital nominal.

70. — Y a-t-il souscription intégrale, lorsque des actions de primes sont émises? Et d'abord qu'est-ce qu'on nomme actions de primes? Ce sont des actions qu'on attribue, sans aucun versement de leur part, à certaines personnes, notamment aux fondateurs, pour rémunérer leurs services et qui donnent droit non seulement à une certaine part des bénéfices, mais aussi à une part du capital. Leur légalité est très discutée. Quelques-uns font à ce sujet une dis-

(1) En ce sens, Lyon-Caen, n° 691. En sens contraire, Pont, n° 886.

inction. Si ces actions constituent une division du capital social, elles sont illicites : qu'on suppose une société fondée au capital de 200,000 fr. divisé en 2000 actions de 100 fr.; si les statuts attribuent 200 de ces actions à certaines personnes pour les rémunérer, le capital annoncé ne sera pas atteint, la souscription ne sera pas intégrale et une pareille combinaison n'est pas admissible. Si, au contraire, ces actions constituent une addition au capital social, elles seront licites. Reprenant la même hypothèse que précédemment, qu'on suppose souscrites les 2000 actions de 100 fr. devant constituer ce capital annoncé, la souscription sera intégrale; seulement les statuts préviennent que, en plus de ces 2000 actions souscrites, il sera émis 200 actions de primes pour rémunérer les fondateurs. Cette émission d'actions supplémentaires est admise par certains auteurs comme ne viciant pas l'obligation de souscription intégrale (1).

D'autres sont plus sévères et n'admettent les actions de primes ni dans le premier cas, ni dans le second de la précédente distinction. Pour eux, la loi exige formellement que l'ensemble des actions cor-

(1) Lyon-Caen, n° 690.

réponde au capital souscrit, puisque les actions représentent des parts du capital social, et que ce capital ne serait pas souscrit en entier, si un certain nombre de ces actions étaient distribuées à titre gratuit (1) (2) : c'est du reste l'avis auquel nous nous rangeons.

71. — Mais il ne faudrait pas conclure de là que les parts de fondateurs, elles aussi, soient illicites. La loi n'en a pas parlé, et probablement ne les a même pas prévues. Mais comme ses prescriptions ni son esprit ne sont en opposition avec la nature de ces parts, et que d'ailleurs tout ce qui n'est pas défendu est permis, on doit pouvoir admettre leur licéité.

Elles sont un titre accordé aux fondateurs pour rémunérer leurs services, et leur donnant droit, non pas sur le capital social, mais sur les bénéfices éventuels, en sorte qu'il est impossible de voir là une violation de l'art. 1^{er}, § 2, de la loi du 1^{er} août 1893.

(1) Pont, n° 888. Rubat de Mérac, n° 126.

(2) Il ne faut pas confondre l'émission d'actions de primes avec ce que l'on appelle l'émission d'actions à prime. Celle-ci consiste dans le fait par un syndicat financier de souscrire toutes les actions d'une société pour les remettre ensuite dans le public avec une majoration plus ou moins forte. Le procédé, bien que légal, n'est pas toujours très moral. (Lyon-Caen, p. 532, 533.)

72. — De même pour les actions de priorité ou privilégiées; elles correspondent à une souscription réelle, et on ne peut pas les déclarer nulles par ce fait qu'elles jouissent de certains avantages, ce qui entraînerait la nullité de la société pour défaut de souscription intégrale.

Les avantages attribués à ces actions consistent généralement dans l'attribution d'une part de bénéfices à prélever avant toute répartition aux autres actions, et dans le droit de se faire rembourser leur part de capital sur l'actif social, par préférence aux autres actions.

Ce traitement de faveur est parfaitement licite, n'est contraire à aucun des principes généraux du droit, et ne viole pas l'art. 34 C. com., car ces actions sont de même valeur nominale que les autres, et l'article en question ne s'occupe pas de l'égalité des droits des actionnaires (1). On admet, d'ailleurs, généralement, que l'art. 34 n'est pas impératif, et qu'on y peut déroger par des conventions (2).

(1) Houpin, n° 266. Lyon-Caen, n° 558.

(2) Houpin, n° 266. Lyon-Caen, n° 519.

SECTION III

Taux et forme des actions.

73. — L'article 1^{er} de la loi de 1867 déclarait que « les sociétés en commandite (et anonymes art. 24) ne peuvent diviser leur capital en actions ou coupons d'actions de moins de 100 francs, lorsque ce capital n'excède pas 200,000 francs, et de moins de 500 francs lorsqu'il est supérieur... »

Cette disposition avait été prise dans le but de protéger les petits capitalistes, d'empêcher les financiers sans scrupules de drainer leurs économies à l'aide d'actions d'un taux si faible qu'elles seraient devenues de véritables billets de loterie (1), et d'obliger les fondateurs à ne créer que des sociétés sérieuses. Depuis l'expérience a prouvé que les actions d'un taux élevé n'empêchaient pas d'effroyables cataclysmes financiers, où ont sombré

(1) Rapport de M. Langlais. Dalloz, 56. 4. 110.

bien de grosses et de petites économies, et le pari mutuel, organisé par l'État lui-même, s'entend à merveille à extraire méthodiquement les dernières ressources qu'on voulait autrefois protéger contre l'entraînement néfaste du jeu à l'aide d'actions à faible taux.

74. — Quoi qu'il en soit, le système qui interdit d'émettre des actions au-dessous d'un certain taux a été l'objet de vives critiques. Dès 1867, M. E. Ollivier l'attaquait, disant que les actions à faible taux n'étaient pas vouées à la spéculation plus que celles d'un taux plus élevé, et il mettait en avant les équitables pionniers de Rochdale : « Je ne suis pas sûr, disait-il, que le jour où ils se sont constitués, chacun d'eux eût versé plus de 0 fr. 50 dans la caisse sociale. Il eût été dérisoire de parler d'une action même de 100 francs, et cependant y eut-il jamais société plus sérieuse, plus digne d'approbation et qui ressemblât moins à la loterie?... Sans nul doute, si vous établissez que l'agiotage est inhérent à telle ou telle coupure, qu'il est de l'essence de l'action de 5 francs, et non de celle de 100 ou de 500, j'admettrai l'interdiction de l'action de 5 fr., et l'autorisation de celle de 100 francs. Mais puisque l'agiotage est aussi fréquent sur une coupure que

sur l'autre, pourquoi permettre l'une et interdire l'autre (1)? »

D'un autre côté, et à un point de vue différent, M. E. Picard combat cette mesure comme contraire aux principes démocratiques, et faisant une distinction injustifiable entre le citoyen capable de s'obliger pour 500 francs et celui qui ne l'était pas.

Et réunissant toutes les critiques qui avaient été faites, M. Bozérien a fort bien dit, dans son rapport sur le projet de loi déposé au Sénat en 1884, que « l'impossibilité de réduire la valeur des actions au-dessous de 100 francs a pour résultat d'empêcher la formation de petites sociétés dignes d'un intérêt sérieux ».

75. — Ces critiques, et bien d'autres, ont abouti au vote d'un projet de loi par le Sénat, en 1884, qui fait quelques concessions, et dans son article 3 établit trois catégories d'actions au lieu de deux : « Les sociétés anonymes ne peuvent diviser leur capital en coupures d'actions de moins de 50 francs, lorsque le capital n'excède pas 100,000, de moins de 100 francs lorsque le capital est supérieure à 100,000 francs et n'excède pas 200,000 francs, et de

(1) Tripiér, t. I^{er}, p. 363.
DE CATHEU.

moins de 500 francs, lorsqu'il est supérieur à 200,000 fr.. »

Mais ce projet de loi ne fut pas voté par la Chambre. Il lui fut présenté plusieurs fois de 1884 à 1893 sans que l'accord pût se faire. Enfin, pour aboutir au moins à un fragment de solution, on s'arrêta à substituer au projet primitif une proposition de loi en peu d'articles, destinée à remédier aux plus graves imperfections de la loi de 1867. Cette proposition aboutit plus heureusement que les précédentes tentatives et devint la loi du 1^{er} août 1893.

76. — Cette loi modifie ainsi l'art. 1^{er} de la loi de 1867 : « Les sociétés en commandite (ou anonymes) ne peuvent diviser leur capital en actions ou coupures d'actions de moins de 25 fr. lorsque le capital n'excède pas 200,000 fr., de moins de 100 fr. lorsque le capital est supérieur à 200,000 fr... »

77. — Par cet abaissement du taux des actions on a pensé les mettre plus à la portée des ouvriers et arriver par ce moyen à une solution relativement plus facile de la grave question de la participation aux bénéfices en même temps on a voulu intéresser ceux-ci à capitaliser leurs salaires et les éloigner, ainsi que l'ensemble des capitalistes, de la souscrip-

tion ou de l'acquisition d'actions étrangères qui ont le droit de circuler en France à un taux inférieur à celui qu'autorise notre législation.

78. — Mais si l'art. 1^{er} § 1^{er} de la loi de 1893 a répondu à de nombreux désirs, il n'en a pas moins laissé subsister des difficultés qui existaient sous le régime de la loi précédente.

Qu'on suppose, par exemple, une société de 200,000 fr., fondée avec des actions de 25 fr. Elle fonctionne quelque temps puis veut se développer, et appelle des souscriptions. Il est indubitable que les nouvelles actions devront être de 100 fr. au moins, puisque le capital nouveau excédera nécessairement 200,000 fr. Mais que dire des actions primitives légalement et régulièrement souscrites à 25 fr.? Peut-on leur imposer de compléter leur versement? M. Vavasseur pose d'abord une première objection de fait : comment saisir les porteurs de ces actions, surtout si elles ne sont pas nominatives? Ce n'est pas difficile, on atteint toujours un porteur d'actions qui vient toucher ses dividendes.

La deuxième objection est plus grave : le souscripteur à 25 fr. est engagé dans certaines conditions déterminées et on n'a pas le droit de changer

les conditions, les éléments de son contrat, de lui redemander 75 fr. là où il ne s'était engagé que pour 25 fr.

Il faut donc admettre qu'on aura une société avec deux catégories d'actions, l'une antérieure, l'autre postérieure à l'augmentation; et l'art. 34 n'est pas une difficulté, car il n'est pas d'ordre public, n'est pas de l'essence des sociétés, est dépourvu de sanction, et on s'accorde pour n'en pas tenir compte (1).

79. — M. Pont (2) après avoir dit qu'une solution comme celle de M. Vavasseur conduit à une violation de la loi, ne la condamne pas cependant absolument. Et il distingue si l'augmentation a été faite sérieusement, pour de véritables besoins et sans vue d'agiotage, ou si au contraire elle n'a eu lieu que pour tourner la loi qui interdit les actions de 25 fr. : c'est une appréciation qui est à la discrétion du juge; dans le premier cas, il devra décider que l'état nouveau ne peut influencer sur un passé régulier; dans le second cas, il déclarera qu'il y a violation de la loi.

(1) Vavasseur, t. I^{er}, nos 472, 473.

(2) Pont, n° 864.

Il était difficile d'arriver à une autre solution, car une loi, quelle que soit sa rigueur, ne peut pas conduire à imposer la transformation de contrats faits sous sa propre protection, surtout si elle ne le dit pas expressément.

80. — Une autre difficulté, celle-là plutôt théorique, s'est présentée. Doit-on considérer comme nulle une société qui a estimé ses apports au-dessous de leur valeur pour n'apparaître qu'avec un capital de 200,000 fr. et pouvoir émettre des actions de 25 fr. Le cas est rare, car on voit bien plus souvent des exagérations d'apports, et les apporteurs sont, en général, peu disposés à voir restreindre leurs droits par une estimation trop faible; cependant ce n'est pas impossible.

M. Pont se montre impitoyable pour cette fraude à la loi : pour lui « le tort est dans la combinaison même, puisqu'elle aboutit à une violation flagrante de la loi; et l'intervention du juge se justifie par l'intérêt social puisqu'il importe avant tout que la loi soit obéie et que toute violation même indirecte soit réprimée ». C'est exact et rigoureux, mais ce beau zèle est-il bien utile, car une pareille combinaison ne peut nuire ni aux actionnaires, ni aux tiers, dont la loi vise la protection, et ne vaut-il pas

mieux laisser sommeiller cette loi qui, si elle avait prévu expressément un pareil cas, n'aurait peut-être pas été aussi rigoureuse que M. Pont.

81. — Les actions de jouissance sont-elles aussi soumises à l'art. 1^{er} de la loi de 1893? La question ne nous importe pas directement parce que ce genre d'actions n'est pas émis au moment de la fondation des sociétés. Cependant il n'est sans intérêt de la voir en passant.

Ces actions sont délivrées aux porteurs d'actions amorties par la société. Elles donnent le droit à ces porteurs de participer aux excédents de bénéfice lorsque les actions ordinaires auront touché une somme égale à l'intérêt normal de leur valeur nominale. Ce sont donc des titres d'une valeur fort aléatoire, ne donnant droit à aucun partage du capital. Or ce sont précisément les actions, ayant droit sur le capital, actions au sens propre du mot, que la loi a visées, réglementées, sur lesquelles elle a voulu restreindre l'agiotage; les actions de jouissance ne sont pas visées par elle, et ce n'est pas sur elles que se porte l'effort de la spéculation.

82. — Les actions d'une société peuvent être au porteur ou nominatives. Nous ne parlerons pas des formes peu usitées comme les actions à ordre.

L'action au porteur est celle qui ne contient pas de nom d'actionnaire. Celui qui la détient en est présumé le propriétaire, et, par le fait même, la simple tradition suffit pour en transférer la propriété.

83. — L'action est nominative, au contraire, quand le nom et le droit de propriété de l'actionnaire sont mentionnés sur le titre ainsi que sur les registres de la société. La propriété s'en transmet par le transfert : c'est une déclaration inscrite sur les registres de la société, par laquelle l'aliénateur reconnaît transporter à un tiers la propriété de ses titres (art. 36, C. com.)

84. — Sous le régime du Code de commerce on était libre d'émettre indifféremment des actions nominatives ou au porteur, sans aucune restriction (1). On abusa de cette liberté, les actions au porteur non libérées des commandites par actions (2) servirent à un agiotage effréné, et il devenait souvent difficile de retrouver les porteurs pour leur faire compléter le versement. Aussi une réaction

(1) Cette liberté était restreinte en fait pour les sociétés anonymes par la nécessité d'obtenir l'autorisation du gouvernement.

(2) Les sociétés anonymes, soumises à l'autorisation, étaient fort peu développées.

sévère se fit sentir et les lois de 1856 et de 1863 défendirent d'émettre des actions au porteur incomplètement libérées.

Puis, le mal paraissant enrayé, on voulut rendre un peu de liberté et on permit aux fondateurs d'insérer dans les statuts que lorsque les actions nominatives auraient été libérées de moitié, un vote de l'assemblée générale pourrait autoriser la mise au porteur (1). De là surgirent de nombreuses difficultés à propos de la responsabilité des souscripteurs et cessionnaires intermédiaires quand le dernier détenteur oubliait d'obtempérer aux appels de fonds; et celui-ci, quand la situation de la société était critique, sûr de ne jamais revoir l'argent qu'on lui demandait, ne se pressait pas de quitter l'incognito qui lui assurait son titre au porteur.

85. — Aussi la loi de 1893, après avoir abaissé le taux des actions, s'empresse-t-elle d'établir que « les actions sont nominatives jusqu'à leur entière libération... » Mais cette sévérité se trouve rachetée en partie du moins par la facilité d'abaisser le taux des actions, et, somme toute, il n'est pas bien dur de verser 100 francs pour avoir un titre au porteur,

(1) Loi du 24 juillet 1867, art. 3.

alors qu'auparavant il fallait déboursier 125 francs pour avoir une action qui ne fût libérée que du quart, et 250 francs au moins pour avoir un titre au porteur (1).

86. — Bien que la loi ne le dise pas expressément, sa disposition est manifestement impérative, et toute stipulation contraire n'y peut rien modifier. Sinon des clauses de style ne tarderaient pas à s'insérer dans les statuts stipulant que les actions pourront être mises au porteur après le versement de telle fraction désignée, si minime soit celle-ci.

D'ailleurs la disposition suscitée ayant été substituée par la loi de 1893 à l'art. 3 de la loi de 1867 se trouve sanctionnée par l'art. 41 de cette loi, qui frappe de nullité les sociétés constituées, contrairement aux prescriptions des art. 1, 2, 3, etc.

(1) D'ailleurs, il ne faut pas oublier que sous le régime de la loi de 1893, les souscripteurs sont libérés deux ans après la cession de leurs titres, même si l'action est restée nominative, tandis que sous l'empire de la loi de 1867, les souscripteurs et leurs cessionnaires restaient obligés tant que les actions ne pouvaient pas être converties en titres au porteur.

SECTION IV

Versement obligatoire.

87. — Sous le régime du Code de commerce aucun versement n'était imposé aux actionnaires avant la constitution définitive de la société (1). Aussi de graves abus ne tardèrent-ils pas à se manifester contre lesquels voulurent réagir les lois de 1856 et 1863, et, bientôt après, celle du 24 juillet 1867. Ces lois établirent que désormais aucune société ne pourrait se constituer, si, au préalable, un versement du quart au moins n'avait été opéré sur chacune des actions. On voulait éviter que des sociétés, se constituant avec des fonds de roulement insuffisant, ne marchassent à la ruine (2), que des

(1) Cette liberté était tempérée pour les sociétés anonymes par la nécessité d'obtenir l'autorisation du gouvernement.

(2) Rivière, p. 37. Cass., 2 mai 1887. D. 87. 1. 198.

spéculateurs trop audacieux ne souscrivissent des actions, sans rien verser, pour les revendre ensuite avec bénéfice, en profitant d'une hausse qu'ils auraient au besoin provoquée (1).

Puis est venue la loi du 1^{er} août 1893; son esprit, en ce qui concerne le versement à faire au moment de la constitution, est sensiblement le même que celui des lois antérieures, mais elle a été amenée, par suite de l'abaissement du taux des actions, à modifier les dispositions antérieures concernant ce versement. Son article 1^{er}, § 2, décide que « les sociétés ne peuvent être définitivement constituées qu'après... le versement en espèces par chaque actionnaire du montant des actions ou coupures d'actions souscrites par lui lorsqu'elles n'excèdent pas 25 francs et du quart au moins des actions lorsqu'elles sont de 100 francs et au-dessus ».

Ceci pour éviter qu'on ne pût faire sur des actions de 25 francs un versement de 6 fr. 25 considéré comme ridiculement trop faible.

88. — D'autre part des difficultés s'étaient élevées à l'occasion des actions mixtes, c'est-à-dire de celles

(1) Pont, t. II, p. 63. Vavasseur, Lyon-Caen, p. 504.

qui représentent à la fois une part d'apports en nature et une part de versement en argent. Pour y couper court le nouvel art. 3 établit que « ... Les actions représentant des apports devront toujours être intégralement libérées au moment de la constitution de la société... »

89. — La loi distingue donc actuellement, au point de vue des versements à opérer, trois catégories d'actions : les actions de 100 francs, les actions de 25 francs et les actions d'apports.

90. — Lorsque les actions sont de 100 francs ou plus, l'actionnaire doit libérer du quart au moins chacune de celles qu'il a souscrite. La règle posée par la loi n'a pas seulement pour but de fournir à la société les premiers fonds nécessaires à son existence, mais encore et surtout de donner à la souscription le caractère d'une opération sérieuse et d'éviter autant que possible les spéculations des coureurs de primes.

91. — Les actions de 25 francs, elles, doivent être libérées intégralement. Ce chiffre de 25 francs est la limite extrême au-dessous de laquelle le législateur n'a pas consenti à descendre, considérant que, au-dessous de cette somme, on risquerait fort de ne pas rencontrer d'opérations sérieuses et que d'ail-

leurs elle est assez faible pour se mettre à la portée des plus petites économies (1).

92. — Mais une difficulté se présente due à une mauvaise rédaction de la loi de 1893. Les actions de 25 francs doivent être entièrement libérées, celles de 100 francs et plus peuvent n'être libérées que du quart; que dire des actions intermédiaires?

Faut-il que ces actions soient complètement libérées? La solution serait sévère. La prescription de libération intégrale n'a été introduite que par la loi de 1893 et spécialement pour les actions de 25 francs. On n'a pas le droit d'étendre une pareille disposition, d'autant plus que, d'une manière générale, toutes les fois que nos lois se sont occupées du versement des actions, elles ont toujours envisagé la possibilité d'une libération partielle.

93. — Faut-il donc dire avec M. Lyon-Caen (2) que puisque le versement du quart paraît le droit commun en matière de sociétés, on doit l'appliquer aussi pour les actions de moins de 100 francs et de plus de 25 francs? Mais cela conduit à des con-

(1) Exception faite pour les sociétés à capital variable, *infra* p. 140.

(2) Lyon-Caen, t. II, *Appendice*, n° 9.

séquences que M. Lyon-Caen lui même n'hésite pas à qualifier de singulières. Voilà une société à laquelle il est interdit de n'appeler que 6 fr. 25 sur des actions de 25 francs, et qui pourrait échapper très légalement à la loi en émettant des actions de 26 francs sur lesquelles il serait licite de n'appeler que 6 fr. 50!

Une pareille conséquence, rigoureuse en elle-même, n'indique-t-elle pas nettement que le point de départ n'est pas bien choisi? et qu'au lieu de chercher quel peut être le droit commun pour en faire l'application à ce cas particulier, il vaut mieux chercher quel est l'esprit de la loi et ce qu'elle a voulu obtenir d'une façon générale? Or, n'apparaît-il pas clairement que ce que la loi a voulu éviter c'est qu'on pût avoir le droit de verser moins de 25 francs sur une action? dès lors la solution est évidente et nécessaire : quel que soit le taux des actions, elles devront toujours être libérées au moins de 25 francs. C'est d'ailleurs l'interprétation donnée par un décret du 1^{er} décembre 1893 sur l'admission des actions étrangères à la cote officielle.

94. — Les actions d'apports par leur nature doivent être complètement libérées; on concevrait mal qu'un associé s'étant engagé à apporter une

industrie ou un brevet n'en cédât que le quart à la société en échange des actions qui lui seraient remises. Ce n'est pas cela que vise l'art. 3 lorsqu'il dit que les actions représentant des apports devront être intégralement libérées. Cet article a pour but de trancher une ancienne difficulté qui existait à propos des actions mixtes. Ces actions correspondent à la fois à un apport en nature et en argent : ainsi si pour un apport valant 1000, il est délivré à l'apporteur des actions valant 4000, cet apporteur devra payer 3000 en argent pour libérer ses actions. Une pareille combinaison était parfaitement licite, et l'est encore maintenant sous le régime de la loi de 1893.

Mais la difficulté était de savoir comment on devrait leur appliquer l'obligation de libération du quart. On crut d'abord que si la fraction apport en nature représentait le quart de la valeur de l'action, celle-ci se trouvait par le fait même libérée du quart conformément à la loi. Mais certains tribunaux (1) prétendirent que l'obligation du versement du quart s'appliquant aux souscriptions en

(1) Paris, 18 février 1881. D. 84. 2. 3. S. 81. 2. 97. D. 84. 2. 1. et la note.

argent, les actions mixtes devaient être libérées en argent du quart de leur valeur en numéraire. Cela eût amené d'innombrables calculs de fractions, comme le quart des trois quarts, très encombrants pour les administrations et injuste vis-à-vis de ces actionnaires obligés de contribuer plus que les autres à la constitution du capital.

La doctrine attaqua très vivement cette théorie (1) et établit que d'une façon générale la loi avait voulu que les actions fussent libérées du quart de leur valeur, et qu'un apport en nature constituait le versement. C'est, du reste, la solution qui prévalut dans le projet de loi présenté au Sénat en 1884; mais la commission sénatoriale l'écarta, comme d'ailleurs celle de la Cour de Paris, et « préoccupée de cette considération que la multiplicité des actions partiellement libérées tend à dominer le nombre des souscripteurs en numéraire (2) », elle fit voter par le Sénat que « les actions en nature ne peuvent être représentées que par des actions libérées en totalité », et c'est cette disposition qui figure maintenant dans la loi de 1893. Le résultat a été de

(1) Lyon-Caen, note sous Sirey. S. 81. 2. 97. Vavas seur dans le journal le *Droit* 1. 2. 4. 24 avril 1881. D. 87. 1. 445. D. 85. 1. 325.

(2) *J. off.* 1884, rapport de M. Bozerian au Sénat, p. 1327.

restreindre énormément l'usage des actions mixtes qui étaient fort appréciés des spéculateurs. Ceux-ci, en effet, voulant liquider de pareilles actions, avaient de bien plus grandes chances de gain, pour un même apport, avec 4000 actions mixtes, par exemple, qu'avec 1000 actions d'apport simples : l'obligation de la libération intégrale ôte tout intérêt à ce genre de spéculation.

95. — Qui peut opérer le versement légal? D'abord le souscripteur lui-même. S'il a la capacité de s'obliger en souscrivant, il a aussi celle de payer. De même peuvent payer ses cautions, et aussi ses mandataires (1). Mais un tiers peut-il payer pour lui? La Cour de Chambéry le nie, parce que « le législateur a eu pour but de faire ressortir la solvabilité personnelle et distincte de chacun des souscripteurs, qui seule peut garantir les intérêts des tiers, le fonctionnement de la société... (2) ».

Cet arrêt paraît exagérer la sollicitude de la loi; la Cour de Chambéry ne niera pas le droit qu'a le souscripteur de faire un emprunt pour s'acquitter, et la solvabilité de celui-ci ne sera pas mieux établie par ce fait, que si le prêteur avait payé directement.

(1) D. 87. 2. 115. D. 88. 2. 129. D. 94. 1. 165. D. 88. 2. 293.

(2) S. 81. 2. 260.

Niera-t-on aussi le droit qu'a un tiers d'acquitter l'obligation d'autrui : « l'obligation peut même être acquittée par un tiers qui n'y est point intéressé », dît l'art. 1236 du Code civil.

D'ailleurs, de ce qu'un tiers ait payé pour le souscripteur, il ne s'ensuit pas que celui-ci sera toujours insolvable et dût-il l'être sûrement que la société serait, néanmoins, régulièrement constituée. Ce que la loi exige, c'est que le quart soit versé sur chaque action et elle est satisfaite quand cette condition est accomplie, d'où que vienne l'argent.

96. — Comment doit être opéré le versement? La loi de 1867 ne donnait aucune indication à ce sujet, mais on admettait qu'en principe le versement devait être opéré en numéraire. D'autres modes de paiement pouvaient-ils être acceptés? La loi ne se prononçant pas expressément laissait aux tribunaux une certaine latitude d'appréciation. Certainement on n'eût pas admis comme paiement un billet, le crédit d'une personne, si solvable fût-elle, mais il y eut des controverses à propos des dations en paiement; elles furent écartées cependant (1), mais pas d'une façon rigoureuse, et la jurisprudence (2) admit

(1) D. 63. 1. 213. S. 63. 1. 284. S. 65. 2. 296.

(2) D. 87. 2. 246. D. 73. 1. 331. D. 81. 1. 355.

qu'au lieu de numéraire, il serait permis de verser des valeurs équivalentes, sûres, pouvant être considérées comme de l'argent comptant ainsi des bons du Trésor. Quant aux autres valeurs, elles devaient être considérées comme des apports en nature et soumis aux mêmes règles qu'eux.

97. — Mais lorsqu'en 1884 le Sénat étudia le projet de loi sur les sociétés, M. Bozérian, le rapporteur, fit ajouter aux mots *le quart du montant* les mots *en espèces* pour écarter tout autre sorte de paiement que celui en numéraire. Voici les motifs qu'il en donne : « Si les valeurs données en paiement sont bonnes, elles peuvent devenir mauvaises le lendemain, détestables quelques jours après. La société ne doit pas être exposée à des éventualités. Que le propriétaire de ces valeurs les réalise, c'est son affaire et non celle de la société; à celle-ci il faut soit du numéraire, soit une monnaie légale, c'est à cette condition seulement que la condition de la loi sera remplie (1). » Et lorsqu'en 1893 fut votée la loi portant modification de la loi de 1867, la disposition votée par le Sénat en 1884 fut reprise et insérée dans la nouvelle loi. Mais

(1) *Journal off.*, 1884. Rapport de M. Bozérian. p. 1327.

comme rien dans la discussion n'indique quelle portée il faut lui donner, on doit pour cela se reporter aux délibérations du Sénat en 1884.

98. — Elle ne laisse pas d'ailleurs que d'être sévère, rigoureuse; si on voulait l'appliquer à la lettre, il faudrait interdire les paiements en mandats sur la poste, en chèques, même sur la Banque de France, car on ne peut pas dire d'une façon absolue que ces valeurs-là soient des espèces; et cependant elles représentent des espèces absolument certaines, sans qu'on puisse leur opposer les objections de M. Bozérian. Aussi, les tribunaux devraient-ils se montrer indulgents en pareille matière; ce ne serait pas d'ailleurs la seule circonstance où l'équité ferait sentir ses droits. Quant aux autres valeurs, telles que lettres de change, valeurs de bourse, leur emploi demeure absolument interdit et ne peut être considéré que comme apport en nature.

99. — Que doit-on dire de la compensation? La question était agitée avant la loi de 1893 et elle n'a pas été résolue par cette loi. La compensation suppose entre deux personnes des dettes d'argent également liquides et exigibles. Or, à première vue, il semble difficile que la situation puisse jamais

se présenter entre un souscripteur et une société en formation. L'art. 1^{er}, § 2, dit, en effet, qu'une société « n'est définitivement constituée qu'après ... le versement en espèces du quart... ». Comment si la société n'existe pas encore peut-elle s'être engagée vis-à-vis du souscripteur? Une hypothèse peut se présenter, c'est celle où le souscripteur aurait fait des frais en faveur de la société (1), mais alors on se trouve en face d'un cas de gestion d'affaire, et on ne peut pas prétendre que la dette de la société à cette occasion soit une dette liquide. L'art. 1375 C. civ. dit en effet que « le maître doit rembourser... toutes les dépenses utiles ou nécessaires qu'il (le gérant) a faites ». Or tant qu'on n'aura pas déterminé contradictoirement si les dépenses faites par le souscripteur sont utiles ou nécessaires, la dette ne sera pas liquide, puisqu'une dette n'est liquide que lorsqu'il est établi *an et quantum debeatur*. Cet examen des dépenses ne peut se faire évidemment que lorsque la société a été constituée, et la compensation n'a plus alors de raison d'être puisque à ce moment la souscription a dû être versée.

(1) D. 83. 2. 73.

100. — Un autre cas s'est présenté, mais les circonstances en sont différentes et on ne peut pas s'en prévaloir pour autoriser la compensation d'une façon absolue. Il s'agit d'une société déjà existante débitrice envers un tiers d'une somme exigible et liquide. Cette société s'augmente, émet des actions, son créancier souscrit et oppose la compensation. Est-ce valable? La Cour de cassation répond affirmativement (1). Cette solution est, en effet, l'application des principes généraux du droit. L'esprit de la loi de 1867 n'est pas violé, puisqu'elle a voulu écarter les souscripteurs peu sérieux, n'apportant rien, et que le souscripteur en question est très sérieux puisque son argent se trouve par avance dans les caisses de la société. Quant à la lettre de la loi, elle n'est pas violée non plus; elle parle d'espèces et ce sont des espèces qui font l'objet de la compensation. Lorsque la loi de 1893 a été votée, elle a prévu le cas général où l'on apporte des valeurs à la société, et a décidé que ces valeurs ne pourraient être que de l'argent, mais ce texte n'est pas assez précis pour qu'on puisse dans le cas particulier de la compensation

(1) D. 67. 1. 425. S. 67. 2. 254.

écarter l'application des principes généraux du droit.

101. — Mais ceci n'est dit que pour les opérations faites sincèrement; le cas de fraude est toujours écarté, et la compensation ne peut être admise lorsque les conditions ne s'en trouvent réunies qu'en apparence. C'est ainsi qu'il ne peut pas y avoir versement régulier du quart, lorsque le paiement est censé réalisé au moyen d'un prêt consenti par la société sur son capital ancien, alors surtout que le souscripteur n'est pas solvable et sert de prête-nom à la société souscrivant elle-même ses propres actions (1).

102. — Cependant le versement du premier quart sur les actions nouvelles ne devrait pas être réputé fictif, par cela seul que le souscripteur aurait reçu de la société elle-même peu de temps avant sa constitution nouvelle les deniers qui lui ont servi à opérer ce versement, lorsque ces deniers lui ont été remis comme prix de la vente qu'il lui a consenties de valeurs sérieuses (2).

103. — Un autre mode de paiement consiste dans les virements opérés du compte du souscripteur au

(1) D. 87. 2. 246. D. 88. 2. 145. D. 92. 1. 361.

(2) D. 88. 2. 129.

compte de la société. Ce procédé était admis avant la loi de 1893 (1). Peut-il être encore employé depuis ? Certainement, car il constitue un versement en espèces (2). Dire à un banquier ; les espèces à moi que je vous ai données en dépôt, cessez de les considérer comme miennes, portez-les au compte de la société dont il s'agit, désormais elles seront siennes ; faire une pareille chose ne peut pas être considéré comme un de ces paiements en valeurs interdits par la loi, puisque ce sont des espèces mises à la disposition de la société et qu'il ne tient qu'à elle d'en user. Elles sont à la disposition de cette société tout aussi bien que les autres sommes que celle-ci aurait elle-même déposées chez le même banquier après les avoir directement reçues ; et y a-t-il lieu de faire une différence lorsque ces sommes au lieu de lui être remises directement lui sont versées par l'intermédiaire d'un banquier alors que nous avons admis la licéité du paiement par mandataire (3).

Cependant, ici comme ailleurs, il faut rester en deçà des limites de la fraude, et on ne peut pas tenir pour valables les versements simulés par des jeux

(1) Lyon-Caen, n° 699.

(2) D. 94. 1. 165.

(3) *Supra*, p. 81. D. 87. 2 115. D. 88. 2. 129.

d'écritures sans réalité destinés à être annulés par un contre-passement ultérieur (1).

104. — La loi exige que le quart ou même la totalité soient versés sur chaque action, parce que son but est non seulement d'avoir des souscripteurs sérieux, mais aussi de mettre ce quart à la disposition de la société. C'est pourquoi ce versement doit non seulement être fait intégralement, mais encore rester intégralement dans les caisses de la société. C'est ainsi que le versement n'est pas réellement effectué lorsqu'une partie a été prélevée par un tiers, pour rétribution du placement des titres, au lieu d'entrer intégralement dans la caisse sociale (2).

105. — Où doit être opéré le paiement? La loi est muette à ce sujet. Faut-il que ce soit dans la caisse sociale? Mais il est bien difficile de dire qu'il y a une caisse sociale tant que la société n'est pas constituée définitivement. Dans cette période de constitution, ce sont les fondateurs qui représentent la société; aussi

(1) D. 89. 1. 245. D. 86. 2. 136. D. 83. 2. 113. D. 86. 2. 136. D. 88. 2. 129.

(2) D. 87. 1. 198. D. 86. 2. 205. D. 86. 1. 273.

Il est vrai que la société une fois constituée pourra prélever sur ses capitaux de quoi rétribuer les courtiers, ou indemniser les fondateurs de leurs avances, mais au moins elle pourra discuter ces dépenses au lieu de se trouver grevée par avances de frais déjà faits.

est-ce entre leurs mains qu'il est d'usage d'opérer le versement, ou dans les caisses des établissements de crédit par eux désignés pour recevoir les souscriptions et les versements (1). D'une façon générale la jurisprudence admet que les fonds doivent avoir été mis d'une manière réelle et efficace à la disposition de la société (2).

106. — Qu'arriverait-il si un banquier avait souscrit à des actions dont il est chargé d'encaisser les fonds? La question ne peut pas souffrir de difficulté. Ayant le droit de souscrire, il devra comme tous les autres opérer un versement effectif entre ses propres mains, et la preuve devra en résulter de ses écritures et de l'état de sa caisse.

107. — Que dire dans le cas où le banquier chargé de recevoir les fonds, et même ayant souscrit personnellement, tombe en faillite postérieurement à la constitution de la société, mais avant d'avoir remis à la société tout ou partie des versements correspondant aux actions souscrites, s'il est prouvé qu'au moment de la constitution définitive de la société les fonds existaient réellement et se trouvaient à sa

(1) Cass., 29 juin 1887. S. 89. 1. 37.

(2) D. 92. 2. 347. D. 84. 2. 125. D. 88. 2. 293.

disposition? L'hypothèse, qui s'est d'ailleurs réalisée (1), est très simple, et quoique pouvant être désastreuse pour la société ne souffre en droit aucune difficulté. Les versements avaient été effectués régulièrement, la société s'était constituée régulièrement, les fonds étaient à sa disposition et elle ne les a pas pris; le cas doit être résolu de la même façon que si, ayant reçu elle-même les versements, elle les avait déposés chez un banquier tombé par la suite en faillite. Ce peut être la ruine pour la société, mais ruine découlant directement d'un acte d'administration exprès ou tacite, sans qu'on puisse rien reprocher aux fondateurs dont la correction a été parfaite.

108. — Si, au contraire, le banquier chargé de recevoir les versements tombe en faillite avant la constitution définitive de la société, les versements ont été néanmoins régulièrement effectués, et les fondateurs en sont responsables envers la société, comme si eux-mêmes avaient perdu ces fonds, car le banquier, désigné par eux est leur mandataire.

Mais comme ils sont eux-mêmes gérants d'affaires de la société, ils ne devront lui rembourser les fonds

(1) D. 88. 2. 129.

perdus que si on peut leur reprocher une faute d'administration. Dans ce cas, s'ils peuvent rendre à la société les sommes perdues par le banquier, celle-ci pourra se constituer définitivement, sinon, elle ne le pourra pas, n'ayant pas à sa disposition les capitaux exigés par la loi, et les fondateurs devront indemniser les souscripteurs, ressource bien illusoire peut être ! Si, au contraire, les fondateurs ont fait un acte de sage administration en confiant les fonds au banquier, et que la ruine de celui-ci ne puisse leur être reprochée, la société ne pourra pas se constituer, et les fondateurs devront aux souscripteurs le remboursement de leurs souscriptions : ceux-ci, en effet, ont contracté en souscrivant une obligation conditionnelle ; la condition ne s'étant pas réalisée, ils doivent être considérés comme n'ayant jamais été engagés, et doivent rentrer dans leurs fonds. C'est dur pour les fondateurs, mais pas injuste, parce qu'ils ont tenté une entreprise aléatoire en voulant fonder la société, et que les risques doivent en rester à leur charge.

109. — Enfin, quand doit être effectué le versement ? Ici la loi donne une solution dans l'art. 1 § 3 de la loi de 1867 : « Cette souscription et ces versements sont constatés par une déclaration du gérant

(ou des fondateurs) dans un acte notarié... » Cette prescription est formelle. La déclaration notariée devant certifier les versements, ceux-ci doivent nécessairement avoir été faits avant elle, et cette disposition de l'art. 1^{er} trouve une sanction très rigoureuse dans les art. 13, 41 et 42 qui frappent de nullité toute société constituée contrairement aux prescriptions des art. 1, 2, 3, etc., et imposent des responsabilités civiles et pénales aux auteurs des irrégularités commises.

Aussi, avons-nous peine à comprendre comment M. Rubat du Mérac admet qu'on puisse valablement opérer le versement entre le moment de la déclaration notariée et celui de la constitution définitive : « L'art. 1^{er}, dit-il, se borne à exiger le versement du quart avant la constitution. Le versement sera donc effectué en temps utile s'il est opéré dans ce délai, même après la déclaration notariée (1). » Sans doute, l'art. 1^{er} exige que le versement soit fait avant la constitution définitive, c'est une prescription d'ordre général, sans laquelle on ne peut pas constituer une société; mais il ne s'ensuit pas que le délai pour opérer ce versement aille jusqu'au moment de la constitution définitive.

(1) Rubat du Mérac, n° 183.

110. — Le même article précise, au contraire, que les versements doivent être constatés dans la déclaration notariée : pour qu'ils soient constatés, il faut bien qu'ils aient été faits !

En sorte que si le versement avait été obtenu non par un paiement des souscripteurs, mais par le bénéfice que ceux-ci auraient tiré de la vente desdites actions, il y aurait violation manifeste de la loi, car le versement doit être opéré avant la constitution de la société, et les actions dont il s'agit ayant été vendues non libérées après la constitution apparente de la société, ce n'est que le produit de cette vente qui a servi à les libérer du minimum légal (1).

Un tel vice était sans remède avant la loi de 1893, mais depuis cette loi, il est devenu beaucoup plus facile de n'acquitter le versement du quart qu'avec le produit de la vente des actions. L'art. 3 de la loi de 1893 (nouvel art. 8 de la loi de 1867) décide, en effet, qu'il n'y a plus lieu d'intenter l'action en nullité quand la cause de nullité a cessé d'exister. Or, en l'espèce, la cause de nullité a bien cessé d'exister puisque, après coup, grâce à la vente des

(1) D. 95. 4. 401.

actions, le minimum légal a été mis dans les caisses de la société.

111. — Quant à l'action en responsabilité, elle subsiste bien pendant trois ans, à partir du moment où la nullité a été encourue, mais elle ne peut être intentée que si la ruine de la société provient directement du défaut initial de versement.

SECTION V

Déclaration notariée.

112. — La loi de 1867 reconnaît aux sociétés le droit de se fonder par acte sous seing privé, mais elle a exigé que la souscription et le versement fussent certifiés accomplis dans une déclaration notariée. Art. 1^{er} § 3 : « Cette souscription et ces versements sont constatés par une déclaration du gérant dans un acte notarié. » — Et l'art. 24 déclare que « la déclaration imposée au gérant par l'art. 1^{er} est faite par les fondateurs de la société anonyme... »

113. — En matière de sociétés anonymes, ce sont donc les fondateurs qui sont chargés de cette obligation imposée aux gérants des sociétés en commandite par actions.

114. — Cette prescription date de la loi de 1856 d'où elle est passée dans notre législation actuelle. Elle a eu pour but d'arrêter les fondateurs qui seraient disposés à ne pas exécuter la loi, de les faire reculer

devant une fausse déclaration consignée dans un acte authentique, et aussi de les obliger à recevoir les avis d'un homme plus capable de les éclairer et de les empêcher d'organiser leur entreprise d'une manière néfaste.

115. — Quand doit être faite cette déclaration ? Le moment en est fixé d'une façon très précise. Ce ne peut être évidemment qu'après la clôture de la souscription et le paiement de toutes les sommes dues sur les actions. Mais ce doit être avant la première assemblée générale constitutive, comme le dit l'art. 24 *in fine* : « Elle est soumise avec les pièces à l'appui à la première assemblée générale qui en vérifie la sincérité. »

116. — Faut-il que cette déclaration ait lieu par acte séparé ? La loi ne le dit pas et en pareille matière les prescriptions de la loi doivent toujours être appliquées d'une manière restrictive. Lorsque l'acte constitutif de la société a été fait sous seing privé, la déclaration notariée sera naturellement faite dans un acte séparé ; mais lorsque l'acte de société est rédigé en la forme authentique, le plus souvent le notaire y joindra la déclaration et réunira les deux dans le même acte notarié ; c'est parfaitement légitime puisque la loi est observée et que

d'ailleurs tout ce qui n'est pas défendu est permis.

417. — Cette obligation de déclaration notariée n'est en somme qu'un leurre, car elle retire d'une manière ce qui avait été donné d'une autre et enlève beaucoup d'intérêt à la suppression de l'art. 40, C. com., qui interdisait de constituer les sociétés anonymes autrement que par actes publics.

418. — Il faut, du reste, noter avec soin que le rôle du notaire est purement matériel, et qu'il ne doit rien contrôler; il doit se contenter de recevoir les déclarations qui lui sont faites et en dresser acte, quand bien même il les saurait fausses. Le seul droit qu'il puisse avoir est de prévenir les fondateurs et de chercher à les éclairer sur les conséquences de leur déclaration.

419. — Une difficulté pourrait s'élever à propos des actions d'apports, ou plus spécialement des actions mixtes. On se souvient que la loi de 1893 a prescrit que les actions comprenant pour une part de leur valeur des apports en nature fussent, avant la constitution de la société, complètement libérées des sommes constituant la différence entre la valeur des apports et la valeur nominale.

Or, s'il est certain que les actions d'apport simples ne soient pas visées par la loi de 1867, peut-on dire

que les actions mixtes lui échappent aussi? On pourrait prétendre, en effet, que la loi a voulu que tous les versements à faire en espèces fussent constatés par une déclaration notariée, et que les actions mixtes tombent sous l'application de cette règle. Mais ne peut-on pas répondre que la nécessité de déclaration notariée est une prescription de droit étroit dérogeant au principe général de la liberté des conventions, qu'on doit donc en donner une interprétation restrictive et ne l'appliquer que dans les cas expressément prévus : or, ceux-ci ne comportent que les actions complètement libérables en espèces.

De plus, les art. 3 et 4 qui traitent des apports ne viennent qu'après l'art. 1^{er} et ne peuvent pas être régis par lui.

120. — Depuis qu'il y a des actions de 25 francs et qu'elles doivent être intégralement libérées, il est bien évident que la déclaration notariée doit porter sur cette libération intégrale; agir autrement serait un contre-bon-sens.

121. — Ce sont les fondateurs, dit l'art. 24, qui doivent faire la déclaration, et on a vu plus haut à qui incombait ce titre de fondateur.

Mais tous doivent-ils participer à la déclaration? La plupart des auteurs sont muets sur cette ques-

tion ou se bornent à répéter, comme la loi, que *les fondateurs doivent déclarer...* M. Houpin, lui, décide nettement que tous les fondateurs doivent participer à la déclaration (1), et pour étayer cette affirmation il renvoie à un article publié par lui, dans le *Journal des Sociétés* (2). Or cet article n'examine que la question de savoir, si le fondateur, qui veut se faire représenter, doit donner une procuration authentique ou sous seing privé. Admettant que tous les fondateurs doivent participer à la déclaration, il en conclut, en s'appuyant d'ailleurs sur la jurisprudence, que le mandat de participer à la confection d'un acte qui ne peut-être fait qu'en la forme authentique, doit lui-même être authentique, et que par conséquent tout fondateur qui veut se faire représenter à la déclaration notariée doit donner une procuration notariée.

Si les fondateurs doivent tous participer à la déclaration, nous admettrons volontiers que ceux qui voudront s'abstenir devront donner un mandat authentique. Mais là, précisément, est la question.

122. — Or la loi n'a pas dit que tous les fonda-

(1) Houpin, *Traité général des sociétés*, t. I^{er}, n^o 384.

(2) J. S. 1884. 38 et suiv.

teurs devaient participer à la déclaration. Elle a dit simplement d'une façon générale que les fondateurs devaient faire cette déclaration, ce qui est beaucoup moins absolu. Le but de la loi est qu'un acte solennel constate l'accomplissement des opérations préliminaires de constitution; et il est atteint, si cet acte est accompli, fût ce par un seul des fondateurs. Ceux ci d'ailleurs sont solidaires les uns des autres (art. 42), et comme ils savent, ou doivent savoir, que la déclaration notariée est nécessaire, s'il y en a qui s'abstiennent d'y participer, c'est qu'ils ont confiance dans leurs collègues et qu'ils consentent à assumer la responsabilité de leurs affirmations (1). Peut-on se montrer plus sévère que la loi et faire naître un cas de nullité là où elle n'en a pas mis expressément?

123. — Cependant si tous les fondateurs voulaient s'abstenir de comparaître devant le notaire, il faudrait admettre, avec M. Houpin, que leur mandataire devrait avoir une procuration notariée; car alors le cas serait tout différent et on retomberait dans la théorie générale de la jurisprudence, laquelle exige que pour figurer dans un acte qui ne

(1) Lyon-Caen, p. 512, note 2. — Paris, 1^{er} août 1888 (R. S. 1889, 10).

peut être qu'authentique le mandataire doit avoir une procuration authentique.

Mais il est probable que cette hypothèse se présente rarement.

124. — Il ne suffit pas que les fondateurs déclarent la souscription et les versements réguliers. Il faut plus encore. « A cette déclaration, dit l'art. 1^{er} § 4, sont annexés la liste des souscripteurs, l'état des versements effectués, l'un des doubles de l'acte de société sous seing privé, ou une expédition s'il est notarié et s'il a été passé devant un notaire autre que celui qui a reçu la déclaration. »

125. — Faut-il que la liste des souscripteurs et l'état des versements constituent deux pièces distinctes, ou peuvent-ils être réunis en une seule? Le doute était né de l'énumération faite par la loi, tandis qu'on n'en aurait pas eu s'il avait été écrit par exemple : « la liste des souscripteurs indiquant les versements effectués... » Mais c'est là, croyons-nous, une simple question de style à laquelle il serait puéril d'attacher de l'importance. Le principal est qu'on puisse être renseigné; c'est là seulement ce que la loi a voulu (1).

• (1) Pont, n° 1133.

126. — Faut-il à peine de nullité que la liste des souscripteurs comprenne les noms, prénoms, qualités, demeure de chacun d'eux? On l'a prétendu, mais c'est manifestement excessif, et il serait ridicule de faire dépendre l'existence d'une société fonctionnant bien, de ce fait que le prénom d'un des souscripteurs aurait été omis. La seule chose qu'on puisse exiger, c'est que la liste soit assez claire pour permettre de reconnaître les souscripteurs, et de vérifier au besoin s'ils ont réellement souscrit.

M. Pont va même plus loin : « Nous ne voudrions pas dire, écrit-il, que... si la liste contenait seulement les noms des souscripteurs, il y aurait lieu de considérer la société comme constituée contrairement aux prescriptions de la loi et d'appliquer la nullité édictée par l'art. 41. Car les art. 1 et 21 se bornent à exiger l'annexe de la *liste des souscripteurs*, sans préciser davantage. Une liste de noms annexée à une déclaration faite d'ailleurs de bonne foi, ne saurait être tenue comme contraire aux prescriptions de la loi. Mais il est désirable, s'il n'est pas absolument nécessaire, que la liste, pour qu'elle réponde complètement à la pensée du législateur, contienne sur chaque souscripteur des

indications précises qui le désignent individuellement (1). »

Mais nous croyons cette opinion excessive, car pour qu'une liste soit sérieuse, il faut qu'elle détermine nettement l'individualité de ceux qu'elle cite.

127. — La Cour de cassation a admis cette théorie et décidé souvent que la désignation des souscripteurs était suffisante toutes les fois qu'il était impossible que le public fût induit en erreur sur l'identité de leur personne (2) quand même leurs qualités, prénoms ou demeures auraient été omis. « Considérant, dit-elle, que la liste des souscripteurs, annexée à l'acte constitutif de la Métropole ne contient, à la vérité, que les noms, prénoms et domiciles de ces souscripteurs, sans faire mention de leurs qualités; mais que cette omission ne constitue pas par elle-même une cause de nullité de la société, et qu'elle n'est qu'un des éléments indiqués par la loi pour arriver à préciser exactement l'identité des souscripteurs; que dans l'espèce elle n'a pas été inspirée par une pensée de fraude; qu'elle ne pouvait induire le public en erreur sur la personnalité

(1) Pont, n° 1132.

(2) D. 94. 1. 165. D. 95. 1. 112.

du plus grand nombre des souscripteurs qui, occupant une position importante dans le monde des affaires, étaient suffisamment révélés aux tiers par l'énonciation de leurs noms, prénoms et domiciles, et que pour les autres l'énonciation de leur qualité n'eût rien ajouté à leur désignation... (1) (2). »

128. — Enfin, avec cet état des souscriptions et versements doit être annexé à la déclaration l'acte de société. Si la société a été constituée par acte sous seing privé, ce sera un double de cet acte qui sera déposé. Si elle a été constituée par-devant un autre notaire que celui qui reçoit la déclaration, on annexera à cette déclaration une expédition de l'acte notarié.

129. — La loi est muette pour le cas où c'est le même notaire qui reçoit l'acte de société et la déclaration, ou plutôt par différence, elle exprime nettement qu'il n'est pas besoin d'adjoindre à la déclaration une expédition de l'acte constitutif. Son but est, en effet, qu'il y ait chez le notaire recevant la déclaration un dossier complet sur la

(1) *Gazette du Palais*, 25 avril 1894.

(2) En matière de publicité, l'art. 55 de la loi de 1867 pose des règles plus sévères sur la façon dont doit être rédigée la liste des souscripteurs.

constitution de la société. Or, si ce notaire a rédigé la minute de l'acte constitutif, il est bien inutile de l'obliger à s'en délivrer une expédition.

Peut-on en conclure que si l'acte constitutif sous seing privé a été déposé au rang des minutes du notaire qui reçoit la déclaration, il est inutile de faire annexer un double de cet acte à l'état des souscriptions et versements? Peut-être. Du moins, ce ne serait pas contraire à l'esprit de la loi, mais il faut bien reconnaître que cela sortirait des limites de son texte, qui n'a pas prévu un pareil cas. Si l'on admet que l'esprit vivifie et que la lettre tue, on autorisera un pareil procédé, ce qui nous paraît très désirable d'autant plus que cela ne peut nuire à personne.

SECTION VI

Vérification des apports et composition des assemblées constitutives.

130. — Lorsqu'un associé, dit l'art. 4, fait un apport qui ne consiste pas en numéraire, ou stipule à son profit les avantages particuliers, la première assemblée générale fait apprécier la valeur de l'apport ou la cause des avantages stipulés.. »

131. — Cette question des apports est très importante en matière de sociétés. C'est le plus souvent par la voie des apports majorés que les spéculateurs malhonnêtes ont essayé de drainer l'épargne publique, et maintenant encore les mesures protectrices de la loi sont souvent bien inefficaces. On a vu au milieu du siècle de honteux scandales dus à d'audacieuses majorations d'apports sans valeur, ou à des avantages particuliers hors de proportion avec les services rendus. Les futurs actionnaires, entraînés par une réclame habile autant que men-

songère et trop désireux de s'enrichir vite, approuvaient sans contrôle tout ce qu'on leur demandait et se trouvaient presque aussitôt dépouillés au profit des organisateurs de ces entreprises. Sous le régime du Code de commerce la vérification des apports et avantages n'était pas réglementée, en sorte qu'il était possible d'employer les combinaisons les moins honnêtes tout en restant dans les limites de la légalité. Mais les pouvoirs publics s'émurent et en 1856 on adopta une réglementation qui passa à peu près textuellement dans notre loi de 1863, puis dans celle de 1867. C'est le texte cité en partie tout à l'heure. Bien qu'il ait été écrit pour les sociétés en commandite par actions, il est rendu applicable aux sociétés anonymes par l'art. 24 de la même loi.

132. — Qu'est-ce donc qu'un apport en nature? La loi le dit expressément, c'est tout ce qui ne consiste pas en numéraire. Cependant avant 1893 on considérait comme numéraire des valeurs d'un recouvrement facile et certain, bons du Trésor, coupons d'obligations de sociétés sérieuses, etc. Mais nous avons vu que, depuis, les versements en espèces doivent seuls être admis. On doit donc considérer comme apports en nature tous les biens, meubles et immeubles corporels ou incorporels, qui ne sont

pas de l'argent : l'industrie, le travail, l'habileté, un secret, un brevet, une entreprise établie ou simplement concédée, un fonds de terre ou de commerce. Il faut noter toutefois que l'art. 4 ne vise que les apports faits pour constituer la société; ceux d'ailleurs qui seraient faits après sa constitution ne seraient pas des apports, à proprement parler, mais plutôt des dons, des prêts ou des ventes.

133. — Quant aux avantages particuliers, ce sont des bénéfices, accordés aux fondateurs, destinés à les rémunérer des services qu'ils ont rendus, de la peine qu'ils ont prise, des frais qu'ils ont faits : ce sont des actions privilégiées, des parts de fondateurs, etc. Dans quelles limites ces avantages peuvent être faits, la loi ne le dit pas à *priori* et elle a raison, car elle évite ainsi d'entraver la liberté des conventions (1), mais elle les soustrait, théoriquement du moins, à des évaluations fantaisistes en appelant sur eux l'attention des assemblées constitutives et en obligeant celles-ci à les contrôler.

134. — Cette vérification des apports et des avantages est essentielle. C'est ce que dit l'art. 1^{er} § 2 :

(1) En matière de chemins de fer, la loi de 1845 n'autorise que le remboursement aux fondateurs des avances qu'ils ont faites.

« La société n'est définitivement constituée qu'après l'approbation de l'apport ou des avantages donnés par une autre assemblée générale après une nouvelle convocation. »

135. — Il faut donc deux assemblées générales pour que la vérification soit parfaite. A la première, on soumet les avantages, et apports et elle les fait apprécier. Comment cela? Aucune forme n'est prescrite, elle a donc toute liberté à ce sujet. L'appréciation faite, une deuxième assemblée se réunira, et un rapport aura dû être imprimé et mis à sa disposition au moins cinq jours avant la date de sa réunion, pour permettre aux actionnaires d'étudier la question :

« La seconde assemblée générale ne pourra statuer sur l'approbation de l'apport ou des avantages qu'après un rapport qui sera imprimé et tenu à la disposition des actionnaires cinq jours au moins avant la réunion de cette assemblée. »

136. — Mais ces deux assemblées, qui doivent se réunir, ne peuvent pas être qualifiées d'assemblées d'actionnaires, puisque la société n'existe pas encore. On ne peut donc pas leur appliquer les règles des statuts qui restreignent aux possesseurs d'un nombre déterminé d'actions le droit de prendre part

aux délibérations. La loi a même prévu ce cas particulier et dans ses art. 27 et 30 a déterminé les modes de constitution et de fonctionnement des assemblées constitutives :

Art. 27 § 2 : « ... Néanmoins dans les assemblées générales appelées à vérifier les apports, à nommer les premiers administrateurs et à vérifier la sincérité de la déclaration des fondateurs de la société prescrite par le deuxième paragraphe de l'art. 24, tout actionnaire, quel que soit le nombre des actions dont il est porteur, peut prendre part aux délibérations avec le nombre de voix déterminé par les statuts sans qu'il puisse être supérieur à dix. »

Tous les actionnaires n'eussent-ils qu'une action, peuvent donc prendre part au vote, mais pour éviter l'accaparement de la majorité par de gros actionnaires et l'écrasement des petits, les premiers ne peuvent, en aucun cas, avoir droit à plus de dix voix.

137. — L'art. 30 décide ensuite quel minimum de capital doit être représenté pour que l'assemblée soit régulière, et dans le cas où le quantum n'aurait pu être réuni, fixe les conditions dans lesquelles devra se réunir une nouvelle assemblée. La mesure

est prudente, car c'est un fait de notoriété publique que les actionnaires sont les gens du monde les plus difficiles à émouvoir et à déranger et que s'il est malaisé de réunir une assemblée générale, où il suffit que le quart du capital social soit représenté, il l'est bien plus encore de réunir une assemblée constitutive, où c'est la moitié du capital en numéraire qui doit être représentée. Art. 30 : « Les assemblées (constitutives)... doivent être composées d'un nombre d'actionnaires représentant la moitié au moins du capital social. — Le capital social, dont la moitié doit être représentée pour la vérification de l'apport, se compose seulement des apports non soumis à vérification. — Si l'assemblée générale ne réunit pas un nombre d'actionnaires représentant la moitié du capital social, elle ne peut prendre qu'une délibération provisoire. Dans ce cas, une nouvelle assemblée générale est convoquée. Deux avis publiés à huit jours d'intervalle, au moins un mois à l'avance, dans l'un des journaux délégués pour recevoir les annonces légales, font connaître aux actionnaires les résolutions provisoires adoptées par la première assemblée, et ces résolutions deviennent définitives si elles sont approuvées par la nouvelle assemblée composée d'un nombre d'actionnaires

représentant le cinquième au moins du capital social. »

138. — Enfin, l'art. 4 § 4, complétant ces dispositions éparses, décide que « les délibérations sont prises par la majorité des actionnaires présents (1). Cette majorité doit comprendre le quart des actionnaires et représenter le quart du capital social souscrit en numéraire ».

139. — La loi parle bien de la réunion des assemblées constitutives, mais elle ne dit pas comment elles sont convoquées. On ne peut pas prendre à ce sujet les dispositions des statuts, puisque ceux-ci n'existent qu'à l'état de projet. On doit donc s'en remettre à la discrétion des fondateurs. On admet cependant que les souscripteurs doivent être convoqués individuellement à domicile. Mais on ne pourrait critiquer l'emploi d'aucune autre forme, pourvu que le souscripteur fût prévenu.

140. — La convocation doit aussi indiquer le lieu et le moment de la réunion, ce sont des conditions nécessaires, de même qu'elle devra accorder un délai, suffisant, du jour où elle a été faite, à celui de la

(1) Ce terme ne s'oppose pas à ce que les actionnaires puissent se faire remplacer par un mandataire (Pont, n° 1003 et suiv.)

réunion, mais il y a là une question de fait dont la solution dépendrait au besoin de l'appréciation des tribunaux.

141. — En résumé, une société ne peut se constituer que si les apports et avantages sont vérifiés et approuvés par deux assemblées constitutives, après rapport imprimé et distribué cinq jours au moins avant la réunion de la seconde assemblée. Dans ces assemblées, tout actionnaire pourra voter sans avoir droit à plus de 10 voix. De plus elles devront représenter au moins la moitié du capital numéraire, sinon décision provisoire et nouvelle assemblée un mois plus tard réunie par avis espacés de huit jours et publiés; cette assemblée confirmera les décisions provisoires de la précédente et réunira au moins le cinquième du capital social. Enfin (art. 4, § 4) les délibérations prises par l'assemblée chargée de vérifier les apports, devront être prises à une majorité représentant le quart des actionnaires et le quart du capital numéraire, à moins qu'il ne s'agisse de l'assemblée visée par l'art. 30 *in fine*. Il faut admettre dans ce cas pour arriver à une solution possible, que l'obligation de majorité du quart en nombre et en valeur n'est pas absolue, mais qu'elle ne s'applique qu'au cas où l'assemblée peut réunir

tous ses actionnaires; que, au contraire, lorsqu'on est obligé de recourir à l'assemblée restreinte prévue par l'art. 30 *in fine*, il n'y a plus lieu d'appliquer les dispositions de l'art. 4 § 4, bien qu'elles paraissent poser un principe général et absolu. Il sera ainsi donné satisfaction à l'art. 30 *in fine* et à l'art. 24 qui applique aux sociétés anonymes toutes les règles édictées pour les commandites par actions.

142. — Une difficulté peut naître, et le cas s'est présenté souvent, lorsque les apporteurs en nature ont en même temps souscrit des actions en numéraire. Ces souscripteurs apporteurs n'ont pas le droit de prendre part aux votes (art. 4, § 5), faut-il cependant tenir compte de leurs actions en numéraire pour calculer le minimum nécessaire à la régularité des votes? Oui, si l'on applique la loi à la lettre, mais alors on peut arriver à des résultats quelquefois imprévus, comme de protéger si bien les actionnaires, qu'il leur soit impossible de constituer leur société. Cependant la jurisprudence avait d'abord paru se fixer dans ce sens. C'est ainsi que la Cour de cassation (1) a décidé que les associés qui apportent à la société une propriété indivise et ont eux-mêmes

(1) D. 88. 4. 297.

souscrit des actions, ne peuvent pas prendre part aux votes d'approbation concernant les apports de leurs co-propriétaires, et, en cas d'infraction à cette règle, que la société doit être annulée quand même la valeur attribuée aux apports a été approuvée par *l'unanimité* des actionnaires qui n'ont pas fait d'apports en nature; alors surtout que ces derniers ne sauraient réaliser à eux seuls les nombres et quantités exigés par les art. 4 et 30 de la loi de 1867, pour la validité des délibérations de l'assemblée générale appelée à approuver les apports en nature; *que, dans le cas où les apporteurs en nature ont souscrit des actions en numéraire, ces actions doivent être prises en considération pour la détermination du quorum fixé par l'art. 4 de la loi de 1867* (1).

143. — Une pareille interprétation est néfaste et peut empêcher la création de sociétés, dans lesquelles un ou plusieurs des apporteurs en nature voudraient souscrire des actions en numéraire. Le seul but que poursuive la loi est d'empêcher les apporteurs en nature d'approuver leurs propres apports (2). Aller plus loin serait absolument en

(1) Dans le même sens, D. 92. 2. 347. D. 96. 2. 307.

(2) Il est évident que ce que nous disons des apports s'applique aux avantages stipulés.

contradiction avec l'esprit de la loi. Aussi la jurisprudence est-elle revenue à des idées plus larges dans ses dernières décisions.

Ainsi un arrêt assez récent (1) admet que la majorité exigée par l'art. 4 de la loi de 1867 pour la vérification des apports sociaux doit être calculée en défalquant du nombre des associés participant au vote les apporteurs en nature, alors même que ceux-ci joignent à cette qualité celle de souscripteurs en numéraire et *sans qu'il y ait à tenir compte du capital en numéraire* souscrit par les apporteurs en nature, *non plus que du nombre des actions par eux souscrites*; et qu'il importe peu à cet égard que le nombre des actions formant la totalité du capital susceptible d'être représenté appartienne à un seul souscripteur (2).

144. — Une difficulté analogue peut se présenter à propos de l'approbation des apports (art. 4 § 5). Un apporteur a-t-il le droit de prendre part au vote concernant d'autres apports que le sien? Quelques personnes émettent une prétention contraire. Mais elle n'est même pas la conséquence d'une interpré-

(1) 96. 2. 516.

(2) Dans le même sens, D. 95. 1. 150.

tation littérale de la loi. Celle-ci dit en effet que « l'associé qui a fait l'apport ou stipulé l'avantage soumis à l'appréciation de l'assemblée n'a pas voix délibérative » ; on ne peut pas en conclure que le même apporteur n'a pas voix délibérative lorsque c'est l'apport d'un autre qui est soumis à l'appréciation, et la jurisprudence paraît bien fixée dans ce sens (1).

145. — En tout cas quelle que soit la solution que l'on adopte sur ces deux questions suscitées, on ne devra jamais autoriser un apporteur en nature à participer au vote concernant son apport sous prétexte qu'il est aussi souscripteur en numéraire. L'art. 4 § 5 est trop formel pour laisser subsister un doute et la jurisprudence est constante en ce sens (2).

146. — Une dérogation aux dispositions de l'article 4 est contenue dans le dernier paragraphe du même article. Il y est dit que : « Les dispositions du présent article relatives à la vérification de l'apport qui ne consiste pas en numéraire ne sont pas applicables au cas où la société à laquelle est fait le dit apport est formée entre ceux seulement qui en étaient propriétaires par indivis. » L'objet de cet

(1) D. 95. 1. 150. D. 92. 1. 229.

(2) D. 95. 1. 101. Pont, n° 1009.

article est très restreint et il a été imposé par la nécessité de pouvoir procéder à la constitution d'une société où l'approbation des apports est impossible puisqu'ils sont indivis et qu'aucun apporteur ne peut vérifier la part des autres. Mais il doit être scrupuleusement restreint au cas où les apporteurs seuls constituent la société (1).

Le même article doit s'appliquer au cas où une société se transforme sans faire appel à aucune collaboration étrangère (2); cela ressort surtout des travaux préparatoires de la loi de 1867 et n'est pas contraire à son texte bien que cela n'y soit pas d'abord compris. En effet, si une société en commandite par actions veut se transformer en société anonyme, ne peut-on pas dire que les associés sont copropriétaires indivis de l'actif de leur société?

Mais on ne peut appliquer à cette hypothèse la faveur du § 8 que si au moment de la transformation l'adjonction d'un nouvel associé est scrupuleusement repoussée.

147. — M. Vavasseur étudiant ce § 8 lui donne les développements considérables (3). « Supposons, dit-

(1) Lyon-Caen, n° 718. Pont, n° 968.

(2) Lyon-Caen, n° 718. Pont, n° 970.

(3) Vavasseur : *Traité des sociétés*, t. I^{er}, n° 437.

il d'abord, un apport indivis selon les termes du texte, mais possédé dans des proportions très inégales. L'élément de contradiction ne manquerait pas tout à fait, cependant on conviendra sans difficulté que les propriétaires de l'apport ne seront pas contraints de se réunir à deux ou trois fois, selon des formes spéciales pour un contrôle qu'ils peuvent faire entre eux simplement et naturellement.

« Allons plus loin, — c'est là que gît l'exagération, — et supposons des apports en nature possédés non indivisement, mais *distinctement* par les fondateurs de la société. Ainsi sept personnes... apportent chacune un immeuble, mais sans aucun versement de numéraire ni par elles, ni par des tiers; nous disons que cette hypothèse rentrera dans l'exception et non dans la règle : *Ubi eadem ratio idem jus* ».

148. — C'est une opinion qu'il est difficile d'admettre et qui sort absolument des termes de l'art. 4 § 8. M. Vavas seur ne paraît pas avoir compris la raison d'où découle le paragraphe en question. Dans son hypothèse, les apporteurs pourraient très bien vérifier réciproquement leurs apports comme nous l'avons établi plus haut, et ils le doivent.

D'autres ont voulu arriver à la même solution et prétendre que les sociétés d'apports étaient dispen-

sées d'approbation en s'appuyant sur le § 5 de l'art. 4 qui interdit à l'apporteur de participer au vote sur son apport. L'opinion que nous avons donnée à propos de ce paragraphe combat une pareille prétention, et pour nous les sociétés d'apports demeurent soumises à la vérification des apports (1).

149. — Lorsqu'une société déjà existante veut se développer, y a-t-il lieu de procéder à une vérification générale des apports, même de ceux existants déjà dans le patrimoine de la société au moment de l'augmentation? Non certainement. Ces apports ont déjà été vérifiés, les formalités de la loi ont été accomplies à leur sujet; et on ne peut rien exiger de plus. Décider autrement serait immobiliser les ressources de la société et la condamner à la ruine; ce n'est qu'aux apports nouveaux qu'on peut appliquer les prescriptions de la loi (2).

150. — Nous avons vu, à propos des apports, les prescriptions à suivre et les principales difficultés qui pouvaient surgir à leur sujet. Reste la plus importante des formalités, celle d'où dépend tout particulièrement le sort de la société, le vote de la seconde assemblée générale.

(1) Lyon-Caen, n° 718 *in fine*. Contra D. 88. 1. 202.

(2) D. 88. 2. 145-149.

151. — S'il approuve les apports, la société peut se constituer définitivement. En fait, on sait combien légèrement les souscripteurs approuvent les apports en nature, combien peu ils connaissent la question, et quelle faible garantie apportent cette vérification et cette approbation ! Nous ne disons pas que cela soit nécessairement, mais cela arrive bien fréquemment. Aussi est-il spécialement intéressant d'observer qu'en cette matière subsistent les principes généraux du droit concernant l'erreur le dol et la fraude (art. 1109, C. civ.) (1), et d'ailleurs l'art. 4 § 7 a pris soin de le rappeler expressément en ce qui concerne le dol et la fraude : s'il n'a parlé que de ces deux cas, c'est qu'une erreur sur la substance est peu probable. Cependant, si elle venait à se produire, on devrait appliquer le droit commun en cette matière comme dans les deux autres.

152. — Au contraire la société sera nulle ou, plus exactement, elle n'aura jamais existé si l'assemblée générale refuse d'approuver les apports, de même que si on n'a pas réussi à réunir l'assemblée conformément à la loi. L'art. 4 § 6 le dit expressément :

(1) Pont, nos 1016. 1017.

« A défaut d'approbation la société reste sans effet à l'égard de toutes les parties. » Et, en effet, les souscriptions ne constituaient que des adhésions conditionnelles; la condition ne s'étant jamais réalisée, il n'y a jamais eu d'obligation. Cela permet de résoudre la question de savoir à qui incombent les frais faits pour essayer de constituer la société. Puisque les souscripteurs n'ont jamais été engagés dans l'entreprise, ils ne doivent rien. C'est un essai qui a été tenté par les fondateurs à leurs risques et périls : il n'a pas réussi, c'est à eux d'en supporter les conséquences. Et rigoureusement on doit admettre une solution identique, même dans le cas où la société aurait avorté par l'inertie des souscripteurs qu'on n'aurait pas pu amener en nombre suffisant aux assemblées constitutives (1), ce qui, heureusement, rentre plus dans le domaine du possible que dans celui du réel.

Cependant si, dans les statuts présentés aux souscripteurs, il était stipulé que les fondateurs, en cas de non-réussite, seraient indemnisés de leurs frais légitimes, il y aurait lieu d'en tenir compte parce que les souscripteurs auraient accepté cette obliga-

(1) Pont, n° 1020.

tion par le fait même de leur souscription (1).

153. — Que doit-on décider lorsque l'assemblée, au lieu de repousser l'évaluation des apports en nature, manifeste le désir d'en baisser l'estimation? Une première opinion très rigoureuse déclare qu'il y a là une modification des éléments constitutionnels de la société, et que si une assemblée a le droit, à la simple majorité, d'accepter ou de repousser une évaluation, elle n'a pas celui de l'accepter en la diminuant, qu'une pareille chose ne peut être faite que du consentement unanime des associés.

154. — Mais il ressort nettement de l'étude des débats sur la loi de 1867 que, au contraire, l'intention des Chambres et du gouvernement était que la majorité et non l'unanimité eût le droit d'abaisser l'évaluation des apports (2). La solution est d'ailleurs équitable. Jamais il n'eût été possible de réunir un avis unanime, et plutôt que d'accepter un apport exagéré, la majorité de l'assemblée eût pu repousser purement et simplement l'évaluation proposée et perdre ainsi l'occasion de fonder une société qui pouvait être cependant une très sérieuse entreprise.

(1) Beudant, *Rev. crit.*, t. XXXVI, p. 154.

(2) Lyon-Caen, p. 521. Pont, n° 1023. Tripier, *Comment. législ.*, t. I^{er}, p. 490. 500. 509. 525.

D'ailleurs, si la simple majorité a le droit de lier tous les souscripteurs par un simple vote positif ou négatif, pourquoi ne pourrait-elle pas aussi les obliger en déclarant que telle évaluation serait réduite, tel avantage diminué? La différence n'est pas si essentielle qu'on veut le croire.

155. — Lorsque toutes les prescriptions édictées par la loi ont été observées, il ne faudrait pas croire qu'il n'y a pas de place pour la fraude. Avant la loi de 1893 ceux qui avaient reçu des actions en échange de leurs apports majorés se hâtaient de les vendre et disparaissaient.

Depuis que les actions d'apport ne sont plus négociables pendant deux ans, à partir de la constitution de la société, ils se font payer en argent, ou se font délivrer des parts de fondateurs (1). Il est vrai que celles-ci n'étant pas réglementées par la loi, les tribunaux auraient le droit de rechercher si elles ne dissimulent pas des actions d'apport en nature.

D'autres constituent des sociétés pour l'exploitation d'un apport commun indivis fortement majoré

(1) Les parts de fondateurs ont pris un développement considérable depuis qu'il est interdit de négocier les actions d'apports pendant deux ans, à partir de la constitution de la Société.

(art. 4 § 8), lancent des obligations et se retirent avec de beaux bénéfices.

156. — Il serait, du reste, impossible de vouloir énumérer toutes les fraudes imaginées pour tourner la loi; il est même souvent fort difficile de les découvrir et de les réprimer, et l'habileté des fraudeurs est extrême à se dissimuler sous les apparences de la légalité.

Jamais une loi, si sévère soit-elle, n'arrivera à corriger tous les abus; la meilleure sauvegarde pour les souscripteurs est dans leur aptitude à pouvoir étudier et suivre les entreprises qu'on leur propose, ou à ne s'y engager qu'à bon escient sur de solides garanties de capacité et de moralité des fondateurs, en évitant surtout de se lancer à la suite de tous les prôneurs d'opérations extraordinaires, où l'on s'enrichit sans rien faire.

SECTION VII

Vérification des souscriptions et versements, nomination des administrateurs et acceptation de leur part.

157. — L'approbation des apports et avantages particuliers n'est pas la seule opération qui doive être accomplie par les assemblées constitutives. Elles doivent aussi faire la vérification de la déclaration notariée de souscription et de versement : « La déclaration imposée au gérant, dit l'art. 24, par l'art. 1^{er} est faite par les fondateurs de la société anonyme ; elle est soumise avec les pièces à l'appui à la première assemblée générale qui en vérifie la sincérité. »

158. — Cette assemblée générale est même la seule qui soit toujours essentielle à la constitution d'une société, car on conçoit que celles, mentionnées dans la section précédente, n'aient pas lieu s'il n'y a ni apports, ni avantages. Mais il ne faudrait pas con-

clure que lorsqu'il y en a, on se trouve obligé de réunir en tout trois assemblées constitutives. La loi ne le dit nulle part : d'un côté, envisageant les apports, elle décide seulement qu'il doit y avoir deux assemblées pour les approuver; de l'autre, considérant la déclaration notariée, elle la soumet à la vérification d'une assemblée. Mais cela peut très bien n'en faire que deux en tout, si dans l'une d'elles on s'occupe à la fois des apports, et de la déclaration notariée (1). La seule chose essentielle qu'on doive établir est que, dans deux réunions, on s'est occupé des apports, et dans une réunion de la vérification de la déclaration notariée.

159. — Faut-il, s'appuyant sur les termes de l'art. 24 *in fine*, exiger à peine de nullité que la vérification de la déclaration notariée doive être faite dans la première assemblée générale, celle qui est chargée de faire vérifier les apports? Non, ce serait aller trop loin et mal comprendre l'art. 24.

Celui-ci, lorsqu'il parle de première assemblée générale, vise le cas général où une première assemblée doit être tenue conformément aux art. 27 et 30 pour vérifier la déclaration notariée et

(1) D. 98. 2. 113.

constituer définitivement la société, par opposition avec les assemblées générales ordinaires (art. 29), et il n'envisage pas le cas particulier où il y a des apports en nature et des avantages soumis, eux aussi, à l'approbation d'assemblées réunies conformément aux art. 27 et 30. La seule chose que la loi exige c'est qu'avant la constitution définitive de la société les apports soient approuvés et la déclaration notariée vérifiée; il serait exagéré d'être plus sévère qu'elle, d'autant plus que cela n'a en fait aucune importance. C'est, d'ailleurs, ce que décide un arrêt récent (1), d'après lequel bien qu'aux termes de l'art. 24 de la loi de 1867 la sincérité de la déclaration des souscriptions et versements doive être vérifiée dans la première assemblée générale, il suffit, pour se conformer à la loi, s'il y a d'autre part des apports en nature dont l'approbation exige la tenue de deux assemblées constitutives, que la vérification de ladite déclaration ait lieu dans la deuxième assemblée constitutive, avant la constitution définitive de la société; qu'au surplus l'irrégularité, en supposant qu'il y en ait une, peut être utilement réparée par la deuxième assem-

(1) D. 98. 2. 113.

DE CATHEU.

blée à laquelle appartient le contrôle des formalités préalables à la constitution de la société.

160. — Quant à la composition et au fonctionnement de l'assemblée constitutive chargée de vérifier la déclaration notariée, ils sont réglés par les art. 27 et 30 et nous les avons déjà étudiés à propos de la vérification des apports.

161. — En fait cette vérification de la déclaration notariée, comme d'ailleurs celle des apports, est très platonique. S'il y a des fraudes, elles sont habilement dissimulées, les actionnaires qui se réunissent ne se connaissent souvent pas et sont isolés les uns au milieu des autres, et l'opinion de l'assemblée est facilement entraînée par quelques personnes qui approuvent avec énergie les propositions du bureau. Il est du reste notoire que des actionnaires qui se réunissent pour la première fois, pour constituer une société, sont la plupart du temps animés d'une grande bienveillance et d'une confiance sans limites, ce qui facilite singulièrement la tâche de ceux qui ont entrepris de leur prendre leurs économies. Mais jamais aucune loi n'aura la perfection nécessaire pour éviter tous les abus.

162. — L'assemblée générale désignée par l'art.

25 n'a pas pour seule mission de vérifier la déclaration notariée, elle doit encore faire tout ce qui est nécessaire à la constitution définitive de la société. Ainsi, elle doit nommer les premiers administrateurs et les premiers commissaires de surveillance qui sont des rouages indispensables au fonctionnement des sociétés anonymes.

163. — En principe, les administrateurs sont nommés par l'assemblée générale des actionnaires.

Cependant la loi admet l'hypothèse, d'ailleurs très fréquente, où les statuts proposés aux souscripteurs stipuleraient que telles personnes seraient administrateurs. Il n'y a pas là une entrave au droit des mandants sur leurs mandataires, car les actionnaires en souscrivant ont accepté les statuts tels qu'ils étaient rédigés. Mais, dans ce cas, les administrateurs ne peuvent pas être nommés pour plus de trois ans, tandis que, dans le cas précédent, ils peuvent l'être pour six : dans les deux, ils sont rééligibles (art. 25, loi du 24 juillet 1867).

164. — Le nombre des administrateurs n'est pas fixé et il peut n'en être nommé qu'un (1). « Les

(1) Voir, à ce sujet, la Banque spéciale des Valeurs Industrielles, 25, rue Vivienne, dirigée par un seul administrateur (compte rendu

sociétés anonymes, dit l'art. 22, sont administrées par *un* ou plusieurs mandataires à temps... »

165. — Les commissaires des comptes ou commissaires de surveillance sont nommés pour un an, et ils sont rééligibles. Chargés de surveiller les administrateurs, ils ne peuvent être choisis que par l'assemblée et non imposés par les statuts. En fait, ils sont désignés sur la proposition des fondateurs ou des administrateurs, et il n'est pas rare de voir des commissaires dont les rapports ont déplu aux administrateurs être remplacés par d'autres sur la proposition de ceux-ci.

166. — De même que pour les administrateurs, le nombre des commissaires n'est pas fixé et il peut n'en être nommé qu'un.

167. — Enfin, dernière formalité, le procès-verbal de la séance doit constater l'acceptation des administrateurs et commissaires nommés.

Cependant, et cela n'est pas prévu par l'art. 23, les personnes nommées peuvent n'être pas présentes à la séance. Il sera alors impossible de mentionner leur acceptation dans le procès-verbal. Il faut donc suppléer au silence de la loi et l'on admet généra-

de l'Assemblée générale extraordinaire des actionnaires du 5 novembre 1898).

lement que leur acceptation pourra être faite par un acte ultérieur authentique ou sous seing privé, lequel devra être annexé au procès-verbal (1).

(1) Pont, n° 1066.

SECTION VIII

Stipulations contraires à la loi.

168. — Une société n'est pas encore régulière bien que toutes les formalités et conditions étudiées plus haut aient été accomplies. En effet, l'art. 41 est plus général et frappe de nullité toutes les sociétés pour lesquelles n'ont pas été observées les dispositions prescrites par les art. 22, 23, 24, 25, 1, 2, 3, 4. Si donc il a été inséré dans les statuts qu'une de ces règles serait violée, l'art. 41 n'est plus observé et la société est viciée dans son origine. Ainsi l'on peut supposer quelques-unes des stipulations suivantes : les administrateurs seront nommés à vie, non révocables; la société pourra se réduire à moins de sept membres; les actions seront négociables avant leur entière libération du quart ou d'au moins 25 francs, suivant leur taux; les actions d'apports seront négociables avant deux ans à partir de la constitution de la société.

169. — Non seulement on doit considérer ces stipulations comme nulles, mais encore on doit en conclure la nullité de la société : celle-ci, en effet, a été constituée en violation flagrante des dispositions prévues par l'art. 41.

D'ailleurs, si l'on admettait la simple nullité de ces dispositions sans en tirer celle de la société, on arriverait néanmoins souvent à celle-ci par une autre voie. Qu'on suppose en effet un actionnaire ayant souscrit des actions pour lesquelles il aurait été spécifié qu'elles pourraient être mises au porteur avant leur complète libération. La clause sera considérée comme nulle, mais alors l'actionnaire verra modifier un des éléments essentiels de son contrat, et il pourra en demander l'annulation. De celle-ci résultera le défaut de souscription intégrale du capital social, et par suite la nullité de la société.

170. — Mais l'art. 41 doit être interprété d'une façon très serrée et on ne pourrait l'appliquer à une stipulation violant, par exemple, la nouvelle disposition de l'art. 27 que « tous propriétaires d'un nombre d'actions inférieur à celui déterminé pour être admis dans l'assemblée pourront se réunir pour former le nombre nécessaire, et se faire représenter par l'un d'eux ». Car l'art. 41 ne vise pas

cette règle, et l'on ne peut pas créer des cas de nullité des sociétés en dehors de ceux spécialement prévus par la loi. En sorte que l'on devra se borner à considérer une telle stipulation comme nulle et non avenue, sans en conclure directement à la nullité de la société.

CHAPITRE III

MOMENT DE LA CONSTITUTION DE LA SOCIÉTÉ.

CAS OU LA SOCIÉTÉ EST CONSTITUÉE SANS SOUSCRIPTION PUBLIQUE.

§ 1^{er}

171. — C'est lorsque toutes les formalités prescrites par la loi ont été observées que la société se trouve définitivement constituée, et le moment précis en est donné par le dernier alinéa de l'art. 25 : « La société est constituée à partir de cette acceptation. » Cependant si les administrateurs avaient été nommés et avaient accepté leurs fonctions pendant la première assemblée chargée de faire apprécier les apports et avantages, on devrait considérer la constitution définitive de la société comme subordonnée à l'approbation donnée par la seconde assemblée.

172. — A partir du moment où la société se trouve ainsi définitivement constituée, le rôle des fondateurs est achevé. Mais leur responsabilité subsiste pour toutes les irrégularités concernant les opérations constitutives exigées à peine de nullité.

Il faut observer aussi que les formalités de publicité imposées par les art. 55 et 56 ne pouvant être observées qu'après la constitution définitive de la société, seuls les administrateurs peuvent être responsables de leur inexécution.

§ 2

173. — Une question assez grave a été soulevée à propos des formalités constitutives. Lorsque la société se constitue entre personnes se connaissant et sans faire appel au public, y a-t-il lieu d'observer toutes les formalités prescrites par la loi?

Un certain nombre de décisions judiciaires ont soutenu que non (1), sous prétexte que ces formalités n'ont pour but que de protéger les actionnaires, et que ceux-ci n'étant pas étrangers les uns aux autres, et étant au contraire co-fondateurs, n'avaient pas besoin d'être protégés.

(1) Notamment S. 77. 2. 1. D. 78. 2. 202. D. 80. 1. 268.

174. — Une pareille distinction est inadmissible, et n'est faite nulle part par la loi. Celle-ci ne parle pas de ce cas particulier, parce qu'il rentre tout naturellement dans le cadre général. D'ailleurs, les actionnaires ne sont pas les seuls à protéger, et les tiers ont eu leur part des sollicitudes du législateur. Si on admettait un pareil système, sept associés pourraient s'entendre pour créer une société sans s'astreindre à suivre aucune règle, et en mettre ensuite les actions dans le public, pour leur plus grand profit, mais aussi pour la perturbation du marché des valeurs.

Une seule exception est permise : c'est celle prévue par l'art. 4, dernier alinéa, et encore peut-elle être la source de bien des abus.

175. — Tout ce que l'on peut admettre, c'est que certaines formalités seront rendues plus faciles et plus rapides par le petit nombre des actionnaires. C'est ainsi que l'assemblée prévue par l'art. 25 pourra avoir lieu chez le notaire chargé de recevoir la déclaration de souscription et de versement, et aussitôt après la rédaction par lui de l'acte authentique, qui peut même avoir été préparé d'avance.

APPENDICE

Sociétés anonymes à capital variable, et d'assurances.

176. — Avant de clore cette étude sur les cas de nullité des sociétés anonymes, il n'est peut-être pas inutile de rappeler que certaines sociétés anonymes sont soumises à des règles particulières. Ce sont les sociétés anonymes à capital variable et les sociétés anonymes d'assurance.

En principe, toutes les dispositions de la loi de 1867 leur sont applicables, à moins cependant qu'elles ne soient en contradiction avec quelque une des règles particulières qui leur sont propres.

§ 1^{er}. — *Sociétés à capital variable.*

177. — Une société anonyme est dite à capital variable quand il est inséré dans les statuts « que

le capital social sera susceptible d'augmentation par des versements successifs faits par des associés, ou l'admission d'associés nouveaux, et de diminution par la reprise totale ou partielle des apports effectués (1) ». C'est le type des sociétés appelées communément coopératives.

178. — Elle est soumise aux règles constitutives spéciales suivantes :

Le capital primitif ne peut excéder 200,000 francs, et il ne peut être augmenté que par des délibérations de l'assemblée générale, prises d'année en année, sans que chaque augmentation puisse excéder 200,000 francs.

179. — Les titres, même complètement libérés, devront toujours être nominatifs. Leur valeur minima était fixée par la loi de 1867 à 50 francs, même si le capital social était supérieur à 200,000 fr.; la loi de 1893 a supprimé ce taux (2), et maintenant, les actions sont de 25 ou de 100 francs, suivant que le capital social est *inférieur* ou supérieur à 200,000 francs. Mais elles pourront n'être libérées que de un dixième, même celles de 25 francs, à moins que les statuts n'aient fixé un chiffre plus

(1) Art. 48, loi de 1867 sur les sociétés.

(2) Nouvel art. 71 de la loi du 24 juillet 1867.

élevé, et la société ne pourra être définitivement constituée qu'après le versement de cette somme. Cependant les actions d'apports devront être intégralement libérées, car la loi de 1893 peut s'appliquer à ce cas sans trouver d'obstacle dans la tolérance de libération d'un dixième qui ne s'applique qu'aux actions en numéraire.

§ 2. — *Sociétés d'assurances.*

180. — ART. 66 : « Les associations de la nature des tontines et les sociétés d'assurances sur la vie, mutuelles ou à primes, restent soumises à l'autorisation et à la surveillance du gouvernement. Les autres sociétés d'assurances pourront se former sans autorisation. Un règlement d'administration publique déterminera les conditions sous lesquelles elles pourront être constituées. »

181. — Donc, pour les tontines et les sociétés d'assurances sur la vie, la seule formalité spéciale et supplémentaire sans laquelle elles ne peuvent exister est l'autorisation du gouvernement.

182. — Pour les autres, leur situation est déterminée par le décret du 22 janvier 1868.

Les sociétés anonymes d'assurances à primes sont

soumises aux dispositions générales de la loi de 1867, si ce n'est qu'elles ne peuvent prendre la forme à capital variable.

Elles ne pourront être valablement constituées qu'après le versement préalable d'un fonds minimum de garantie de 50,000 fr., même si le capital social est inférieur à 200,000 fr.

L'art. 3 du décret relatif à la conversion au porteur des titres nominatifs n'a plus de raison d'être depuis la loi de 1793, et les dispositions suivantes se rapportent à l'administration et non à la constitution de la société.

183. — Quant aux sociétés d'assurance mutuelles visées au titre II du même décret, ce ne sont pas, à proprement parler, des sociétés anonymes (1) et nous n'avons pas à les examiner.

(1) Lyon-Caen et Renault : *Traité des sociétés commerciales*, nos 930 et suiv.

CHAPITRE IV

DE LA NULLITÉ ET DE LA RESPONSABILITÉ

SECTION I

De l'action en nullité.

184. — Nous avons vu dans les chapitres précédents que la loi assujettissait les sociétés à certaines règles fondamentales auxquelles il était impossible d'échapper sous peine de voir la constitution de ces sociétés entachée de nullité, puis nous avons étudié individuellement les différents cas où cette nullité pouvait se présenter. Maintenant il convient de l'examiner en elle-même et de voir ses caractères. C'est une question intéressante à résoudre, car l'action en responsabilité en est la conséquence et ne peut être intentée que si la société est nulle, sauf

une légère exception établie par le § 1^{er}, *in fine*, du nouvel art. 8 de la loi de 1867.

185. — Qu'il nous suffise de rappeler que le principe de la nullité se trouve dans l'art. 41. « Est nulle et de nul effet à l'égard des intéressés toute société anonyme pour laquelle n'ont point été observées les dispositions des art. 22, 23, 24, 25 ci-dessus. »

Cet article contient donc la sanction des règles relatives à la constitution des sociétés anonymes, règles que nous avons dû étudier plus haut. Cette sanction est d'ailleurs empruntée à l'art. 6 de la loi du 17 juillet 1856 sur les sociétés en commandite par actions d'où elle a passé dans l'art. 24 de la loi du 23 mai 1863 sur les sociétés à responsabilité limitée qui n'étaient, en somme, que des sociétés anonymes dispensées d'autorisation lorsque leur capital ne dépassait pas 20 millions.

186. — Cette nullité a été admise dans un intérêt d'ordre public et pour protéger, dans la mesure du possible, l'épargne publique contre les entreprises de financiers peu scrupuleux. La nécessité s'en était vivement fait sentir pendant le milieu du siècle alors que les sociétés en commandite par actions n'étaient soumises qu'aux règles du Code de commerce et abusaient de leur liberté : c'est la loi de 1856 qui

l'introduisit d'abord dans notre législation, comme nous l'avons indiqué plus haut. Étant d'ordre public, cette nullité doit être une nullité absolue en ce sens qu'une fois encourue elle doive subsister nonobstant toute prescription, ratification ou correction du vice initial : ceci est la conséquence rigoureuse du principe, et elle fut strictement appliquée depuis 1856 jusqu'en 1893. Mais sa rigueur extrême était un excès et la loi du 1^{er} août 1893, sans lui ôter son caractère d'ordre public, vint corriger ce qu'elle pouvait avoir d'exagéré, de gênant, quelquefois même de dangereux pour le crédit public en organisant certaines règles précieuses de prescription ou d'extinction de l'action en nullité que nous aurons l'occasion d'étudier plus tard (n^{os} 263).

187. — Cependant, bien qu'absolue, cette nullité ne peut pas avoir lieu de plein droit et il faut qu'elle soit demandée en justice. Lorsqu'elle est invoquée et prouvée, les tribunaux ne peuvent pas se dispenser de la prononcer, quand même ils auraient, en équité, d'excellents motifs de ne pas le faire; mais encore faut-il qu'elle soit demandée, car elle est un moyen de protection pour les intéressés, et si aucun ne réclame, il peut se faire que la société subsiste, avec une existence de fait, pendant un

temps fort long, bien qu'infectée d'un vice initial.

188. — Quels tribunaux sont compétents pour connaître d'une action en nullité? Ce sont les tribunaux de commerce, puisque les sociétés anonymes sont des sociétés de commerce. Et bien que la société, étant nulle, n'ait pas une existence juridique, elle a cependant une existence de fait qui permettra d'intenter l'action devant le tribunal de son domicile. Si, au contraire, la nullité n'est invoquée que par voie d'exception, ce sera le juge de la demande principale qui sera juge de l'exception.

189. — Quant au délai dans lequel doit être intentée l'action, nous l'examinerons plus loin (n° 263), en étudiant les prescriptions et spécialement les nouvelles dispositions dues à la loi de 1893. Qu'il suffise de mentionner ici que, sous le régime de la loi de 1867, une opinion assez générale, bien que contestée par quelques-uns, admettait qu'une pareille action pouvait toujours être intentée utilement sans qu'on pût lui opposer aucune prescription, même trentenaire.

190. — Quand même une société serait dissoute, l'action en nullité subsisterait (1), car les consé-

(1) D. 84. 2. 206.

quences d'une dissolution ne sont pas nécessairement les mêmes que celles d'une annulation, les droits des associés, de leurs créanciers, des créanciers de la société n'étant pas les mêmes dans ces deux cas; et pour les mêmes motifs la liquidation qui aurait suivi la dissolution (1) ne pourrait pas faire obstacle à l'action en nullité, puisque cette liquidation n'est que la conséquence de cet acte de société dont on demande la nullité et dont elle doit suivre le sort.

191. — Cependant si la dissolution et la liquidation d'une société nulle faisaient rentrer tous les intéressés dans leurs droits, la demande en nullité n'aurait pas de raison d'être, puisqu'elle ne peut être intentée que par les intéressés et que ceux-ci ont cessé de l'être.

Le cas n'est pas impossible à concevoir, et : une société quoique nulle peut très bien avoir fonctionné avec succès, augmenté son actif et lors de la dissolution éteint tout son passif, remboursé les actionnaires proportionnellement à leurs titres et même leur avoir distribué des avantages supplémentaires.

192. — Par qui et contre qui peut être invoquée

(1) D. 84. 2. 206.

la nullité? « A l'égard de tous les intéressés », dit l'art. 41.

Ceux-ci comprennent certainement les actionnaires et les créanciers de la société. Nous n'avons d'ailleurs pas à examiner ici si les actionnaires peuvent toujours se prévaloir de la nullité, même à l'encontre des créanciers de la société, car nous n'examinons l'action en nullité que dans ses rapports avec l'action en responsabilité qu'on peut exercer contre les fondateurs, et les actionnaires peuvent toujours se prévaloir de la nullité à l'encontre des fondateurs.

On décide même que les créanciers des associés sont des intéressés, au sens légal du mot, non pas par le moyen détourné de l'art. 1166, mais par suite d'un droit personnel, différent de celui de leurs débiteurs.

En effet, si la société existait en droit, les créanciers des associés auraient en face d'eux, d'une part, les biens de la société, personnalité distincte des associés et possédant en propre un patrimoine qui est d'abord le gage de ses créanciers personnels; d'autre part, les biens de leurs débiteurs et leurs droits sur le patrimoine de la société net de toute charge.

Si, au contraire, la société est nulle, il n'y a plus qu'une association de fait, ne constituant pas une personnalité distincte; et sur les biens de cette association les créanciers personnels des associés viendront au marc le franc avec ceux des associés.

Il y a donc bien, en droit, un intérêt personnel pour les créanciers des associés à demander la nullité de la société (1). Cependant, cet intérêt disparaîtrait si leur créance était postérieure à la dissolution de la société, car aucun préjudice ne leur aurait été causé.

(1) D. 94. 1. 91.

SECTION II

De la responsabilité.

193. — Dans les chapitres précédents nous avons déterminé quels sont les fondateurs de sociétés anonymes, dans quels cas leur responsabilité peut être mise en jeu, puis nous avons vu l'action en nullité qui précède l'action en responsabilité et en dehors de laquelle celle-ci ne peut pas s'exercer, sauf toutefois un cas particulier que nous étudierons plus loin. (Nouvel art. 8 de la loi de 1867.)

194. — Nous arrivons maintenant à l'examen des responsabilités civiles elles-mêmes dont la nullité est la cause et qui constituent la seconde des sanctions mises à l'exécution des formalités prescrites par la loi pour la constitution des sociétés.

195. — Elles sont déterminées par l'art. 42 de la loi de 1867 modifiée par la loi du 1^{er} août 1893. Cet article concerne non seulement les fondateurs mais

encore les administrateurs et les associés apporteurs ou avantagés. Ecartant ces derniers, nous ne nous attacherons qu'aux fondateurs, et n'examinerons l'application de l'art. 42 aux administrateurs que pour voir s'il convient de faire porter à ceux-ci solidairement avec les fondateurs les charges imposées par la loi.

§ 1^{er} *Genèse de l'art. 42.*

196. — L'art. 42 de la loi de 1867 (1) a été emprunté par celle-ci à l'art. 25 de la loi de 1863 sur les sociétés à responsabilité limitée d'après lequel : « Lorsque la nullité de la société ou des actes et délibérations a été prononcée aux termes de l'art. 24 ci-dessus, les fondateurs auxquels la nullité est imputable et les administrateurs en fonctions au moment où elle a été encourue sont responsables solidairement et par corps envers les tiers sans préjudice de droits des actionnaires ».

197. — On le voit, à part la contrainte par corps

(1) Loi du 24 juillet 1867, ancien art. 42 : « Lorsque la nullité de la société ou des actes et délibérations a été prononcée aux termes de l'art. précédent, les fondateurs auxquels la nullité est imputable et les administrateurs en fonctions au moment où elle a été encourue, sont responsables solidairement envers les tiers, sans préjudice des droits des actionnaires.. »

qui a été supprimée, les deux articles sont identiques. Cependant comme cet art. 25 l'art. 42 de la loi de 1867 dit : « ... Lorsque la nullité des actes et délibérations aura été prononcée aux termes de l'article précédent... » Or si on se reporte à cet art. 41, on constate une lacune : il y est bien parlé de la nullité de la société, mais point de celle des actes et délibérations, tandis que l'art. 24 de la loi de 1863 contenait un second paragraphe établissant des nullités pour inexécution de certaines formalités de publicité. Que signifie donc dans la loi de 1867 cette phrase de l'art. 42 qui ne trouve pas sa contre-partie dans l'art. 41 ?

198. — Cela vient de ce que lorsqu'on a fait la loi de 1867, on a voulu reproduire dans leur intégralité les art. 24 et 25 de la loi de 1863. Le projet primitif déposé devant le corps législatif en fait foi (1). Mais dans l'intervalle on conçut le projet de réunir à part dans un titre spécial les règles relatives à la publicité et l'indication de leurs sanctions, de sorte que l'on scinda en deux l'ancien art. 24 pour en reporter la seconde moitié au titre de la publicité. Mais on oublia de supprimer dans l'art. 25 la phrase corres-

(1) Commentaire de M. Tripier (t. II, p. 614.)

pondante relative à la nullité des actes et délibérations, en sorte que cet article devenu l'art. 42 de la loi de 1867 autrefois exact ne l'est plus maintenant. Et il est important de ne pas oublier cette genèse de l'art. 42 à cause des dispositions qu'ils contiennent sur la responsabilité solidaire des fondateurs et des administrateurs en fonctions au moment où la nullité a été encourue.

199. — Depuis, l'article a toujours subsisté avec cette rédaction défectueuse. Mais en 1893 sa rédaction fut modifiée sur un autre point à la suite des rapports de M. Clauzel de Coussergues devant la Chambre, et de M. Thévenet devant le Sénat (1). C'est à propos de l'étendue de la responsabilité des fondateurs que cette modification fut introduite, et nous la verrons plus en détail lorsque nous traiterons de l'étendue des responsabilités. Après la loi de 1893, la rédaction définitive de cet art. 42 est devenue celle-ci : « Lorsque la nullité de la société ou des actes et délibérations a été prononcée aux termes de l'article précédent, les fondateurs auxquels la nullité est imputable et les administrateurs en fonctions au moment où elle a été encourue sont

(1) Duvergier. *Lois et décrets*. 1893, p. 328.

responsables solidairement envers les tiers et les actionnaires du dommage résultant de cette annulation... »

§ 2. *Caractères généraux.*

200. — Cette responsabilité dont la loi frappe les fondateurs a un caractère tout exceptionnel. En effet, lorsqu'il y a lieu, d'une façon générale, de forcer à la réparation d'un dommage causé à autrui, on trouve dans l'art. 1382 du Code civil tous les éléments nécessaires pour obtenir ce résultat : « Tout fait quelconque de l'homme, y est-il dit, qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. » Et l'art. 1383, précisant davantage, dit qu'on est responsable même de sa négligence ou de son imprudence.

201. — Si plusieurs personnes ont participé à ces faits dommageables les principes généraux du droit admettent qu'on peut les condamner chacune pour le tout lorsqu'il n'est pas possible de déterminer la part incombant à chacune dans le préjudice causé (1).

(1) D. 92. 1. 335 et note 4. Demolombe, t. III, n^{os} 280 *bis*, 281 et suiv., t. VIII, n^o 693. Aubry et Rau, t. IV, § 298 *ter*, p. 22. 23, *texte*

Il est vrai que ce n'est que ce que l'on est convenu d'appeler la solidarité imparfaite, qui ne présente pas tous les avantages de la véritable solidarité.

202. — On conçoit donc qu'il eût été possible de réprimer les infractions aux règles constitutives des sociétés sans que la loi prît la peine de le faire par un article et des dispositions spéciales et exceptionnelles.

203. — La première de ces dispositions impose la solidarité qui frappe de plein droit les fondateurs dès que leur responsabilité est reconnue et sans qu'il soit possible aux juges de les en décharger.

Cette solidarité se retrouve à la fois dans les lois de 1867 et de 1893, mais pas dans les mêmes conditions d'application. Sous le régime de la première de ces lois on n'appliquait la solidarité qu'aux condamnations prononcées en faveur des tiers, tandis que la loi de 1893 a très nettement établi que les fondateurs seraient désormais responsables, non seulement envers les tiers, mais encore envers les actionnaires du dommage résultant de la nullité. Cette différence de solution tient à une différence

de rédaction des deux articles en question, sur laquelle nous aurons d'ailleurs à revenir.

204. — Cette solidarité de l'art. 42 n'est, somme toute, que la solidarité de l'art. 1213 du Code civil, dont il faudra lui appliquer toutes les règles, en sorte qu'elle se divisera de plein droit entre les différents débiteurs qui n'en seront tenus chacun que pour sa part et sa portion.

Et le créancier pourra s'adresser à celui des débiteurs qui lui conviendra, sans que celui-ci puisse lui opposer le bénéfice de division (art. 1203). Le défendeur n'aura que le droit de mettre en cause ses co-obligés (1).

205. — Chacun des défendeurs aura, cela va de soi, le droit de faire tous les actes de nature à améliorer le sort de ses co-débiteurs, par exemple, une transaction. Mais, en sens inverse, les poursuites intentées contre l'un d'eux interrompent la prescription à l'égard de tous, et la demande d'intérêts fournie contre l'un d'eux les fait courir contre tous les autres (art. 1206-1207).

Lorsque la dette a été payée par l'un des débiteurs, il pourra recourir contre tous les autres, mais

(1) D. 95. 1. 173.

chacun pour sa part et sa portion (art. 1214), et si l'un d'eux est insolvable, sa part se répartira entre tous les autres.

Mais il faut bien prendre garde que la solidarité de l'art. 42 est une disposition de droit étroit qui ne peut être étendue en dehors des cas pour lesquels elle a été établie par la loi de 1867. Aussi ne pourrait-elle pas être appliquée dans le cas où la société a été déclarée non existante, faute d'accord entre les apporteurs et les fondateurs sur la chose faisant l'objet de la convention, sans intention de fraude à la loi.

206. — La seconde des dispositions exceptionnelles qui nous occupent ne se trouve pas dans la loi de 1893 : elle n'existait que dans celle de 1867; où plutôt elle ne s'y trouvait pas expressément, mais la jurisprudence avait cru l'y voir; il s'agit de la responsabilité de la totalité du passif social à l'égard des tiers qu'on imposait aux fondateurs. La charge était particulièrement lourde et tout à fait en contradiction avec les principes généraux du droit commun qui ne demande jamais qu'une réparation proportionnelle au dommage. Aussi y avait-il un intérêt considérable à fixer nettement les causes de nullité et les personnes responsables.

Mais ce caractère exceptionnel disparut dans la loi de 1893 et depuis, à l'égard des tiers comme à l'égard des actionnaires, les fondateurs ne sont responsables que dans la mesure du dommage qu'ils ont causé,

207. — Le dernier alinéa du nouvel art. 42 renvoyant aux dispositions du nouvel art. 8 (art. 3 de la loi de 1893), permet de découvrir à la responsabilité des fondateurs d'autres caractères exceptionnels. C'est ainsi que, l'action en nullité se prescrivant par dix ans, l'action en responsabilité qui découle de cette nullité ne peut plus être intentée puisqu'il n'y a pas, en principe, de responsabilité sans nullité déclarée au préalable; tandis que les actions en responsabilité des délits civils ne se prescrivent que par trente ans (1). C'est ainsi encore que, dans le cas spécial où le vice entachant de nullité a été corrigé, la demande en responsabilité peut néanmoins être intentée si trois ans ne se sont pas écoulés depuis que la nullité a été encourue, tandis que les principes généraux ne permettent de poursuivre la responsabilité que si la nullité a été, au préalable, judiciairement prononcée.

(1) Baudry Lacantinerie, t. II, n° 1350.

208. — Ayant vu les caractères généraux de l'action en responsabilité, nous allons maintenant passer à son étude plus détaillée, et, dans les chapitres suivants, nous verrons qui peut invoquer l'art. 42, contre qui on peut l'invoquer, quelle est l'étendue de la responsabilité, et combien dure l'action en responsabilité.

CHAPITRE V

QUI PEUT INVOQUER L'ART. 42

209. — Pour pouvoir agir en responsabilité, il faut pouvoir agir en nullité, puisque la responsabilité est la conséquence de la nullité, comme l'exprime, d'ailleurs, l'art. 42 lui-même : « Lorsque la nullité de la société ou des actes et délibérations a été prononcée, aux termes de l'article précédent, les fondateurs... sont responsables... » Et c'est légitime, puisque cette responsabilité a pour but de réparer le dommage provenant de la nullité. Mais tous ceux qui ont le droit de demander la nullité ont-ils celui de poursuivre en responsabilité? Nous ne le croyons pas, d'autant plus que l'art. 42 prend soin d'indiquer que « les fondateurs sont responsables envers les tiers et les actionnaires du dommage résultant de la nullité ».

Quels sont les tiers intéressés? Ce sont ceux qui

ont subi un dommage résultant de la nullité, c'est-à-dire les créanciers de la société, et ceux-là seulement. On ne pourrait pas autoriser à agir en responsabilité comme on les autorise à agir en nullité les créanciers personnels des associés. En effet, si ceux-ci peuvent agir en nullité de leur propre chef, c'est qu'ils y ont un intérêt personnel et direct, et qu'il peut n'être pas indifférent pour eux que la société soit nulle ou soit liquidée à un autre titre. Mais là s'arrêtent leurs droits et ils participeront ensuite au partage des biens de la société dans les limites du droit commun, sans pouvoir se prétendre directement lésés par les fondateurs. S'ils agissent en responsabilité contre les fondateurs, ce ne peut être que du chef des actionnaires, leurs débiteurs, par le moyen de l'action indirecte de l'art. 1166; or ceci est sans intérêt au point de vue de la règle que nous cherchons à établir.

210. — Voici maintenant une question qui a reçu les solutions les plus diverses et donné lieu aux décisions judiciaires les plus contradictoires. Il s'agit du droit que pourraient avoir les liquidateurs de sociétés anonymes ou les syndics de la faillite de ces sociétés d'exercer l'action en responsabilité contre les fondateurs, soit au nom des actionnaires,

soit au nom des créanciers. Toute la difficulté, selon nous, vient de ce que le caractère des actions sociales et individuelles a été fort diversement et souvent fort peu nettement aperçu par les tribunaux, à moins que leurs décisions n'aient été inspirées par des nécessités d'intérêt pratique que nous indiquerons tout à l'heure.

Voyons d'abord sommairement le rôle et les fonctions des syndics et des liquidateurs.

211. — Les syndics sont donnés aux sociétés en faillite pour agir à la place de leurs directeurs et administrateurs, et représenter les intérêts des créanciers de ces sociétés. Ils continuent au besoin les opérations de la société, font rentrer les créances et liquident les dettes au mieux des intérêts des créanciers. Ils représentent à la fois les intérêts de la faillite et ceux de la masse des créanciers de la société, d'où l'on conclut en particulier qu'ils peuvent exiger des actionnaires le paiement du complément de leurs souscriptions incomplètement libérées, sans que ceux-ci puissent se prévaloir du dol dont ils ont été victimes de la part des fondateurs, ni leur opposer la nullité de leur société.

212. — Quant aux liquidateurs, leur rôle est mal défini par la loi. Il dépend soit de la délibéra-

tion des associés, soit de la décision du tribunal qui les a nommés. Leur principale mission est de terminer les affaires, de libérer la société, de recouvrer les créances, en un mot de faire des opérations sociales.

213. — Sont-ils également les représentants des créanciers? La question est douteuse, et la jurisprudence a varié à ce sujet. Elle a d'abord admis que le liquidateur ne représentait que la société et qu'il ne représentait les créanciers que si ceux-ci avaient adhéré et participé à sa nomination, ou bien si ses pouvoirs lui donnaient mandat de représenter les créanciers (1).

Puis une nouvelle opinion tend à considérer le liquidateur comme représentant les créanciers (2). Mais bientôt un retour se fait sentir à la première (3) (4).

Cependant on admet que si les créanciers ont accepté le principe de la liquidation et concouru à nommer le ou les liquidateurs, ceux-ci peuvent être considérés comme leurs représentants, mais seule-

(1) Lyon. D. 81. 2. 247. Paris. D. 86. 2. 116.

(2) Paris. D. 86. 2. 201. Paris. D. 88. 2. 105.

(3) Paris. D. 89. 2. 2. 1. Seine. *Annales de Droit commercial*, 1889. 1. 57.

(4) Pont. *Sociétés commerciales*, n° 1936.

ment à titre individuel, et jamais comme les représentants de la masse (1).

214. — Les situations du syndic et du liquidateur ne sont donc pas semblables : le premier représente à la fois la société et les créanciers, le second ne représente que la société; le premier est sans qualité pour agir au nom des actionnaires; le second ne peut pas non plus agir au nom des actionnaires, ni même au nom des créanciers, si ce n'est *ut singuli*.

215. — Et c'est alors qu'il est intéressant de préciser avec soin quelles sont les actions qui appartiennent aux associés, quelles sont les actions qui appartiennent aux syndics ou liquidateurs, quelles sont en un mot les actions sociales qui peuvent être intentées par le représentant de la collectivité, quelles sont les actions individuelles qui doivent être intentées isolément par chaque intéressé.

216. — « L'action sociale, dit M. Thaller, appartient à la société, à un corps d'intérêts qui s'est régulièrement constitué; elle est donnée contre des hommes que la société s'est choisis comme représentants, et qui lui rendront leurs comptes en assem-

(1) D. 82. 2. 92. Note.

blée délibérante; elle implique un pacte préalable formé entre la collectivité et ses préposés. De là vient que cette collectivité a pleins pouvoirs à l'effet de relever les mandataires des suites de leur responsabilité, et en même temps de faire taire les protestations individuelles. Cette théorie convient au règlement des rapports entre la société et ses administrateurs; les faits qui auront donné aux affaires sociales une fois engagées une fausse impulsion répondent ainsi à la conception de l'action sociale (1) ».

217. — S'appuyant sur cette définition très nette, peut-on dire que l'action en indemnité exercée en vertu de l'art. 42 contre les fondateurs de la société soit une action sociale? Elle est intentée précisément parce qu'il n'y a pas de société. Peu importe qu'elle soit exercée par tous les actionnaires dans la même proportion, son caractère individuel n'en subsiste pas moins. D'ailleurs à quel titre serait intentée cette action? Le syndic ou le liquidateur représentant la société, ils ne représentent pas les actionnaires, et de ce que ceux-ci aient des droits identiques, il ne s'ensuit pas qu'on puisse consi-

(1) *Taller. D. 86. 1. 137, en note.*

dérer ces droits comme des droits collectifs. Quant aux créanciers, leur masse est bien représentée par les syndics, il est vrai, mais c'est pour l'exercice de leurs droits contre le failli, c'est-à-dire la société, et non contre les fondateurs. Contre ceux-ci ils ont un droit personnel, et l'indemnité qu'ils en obtiennent leur demeure propre sans pouvoir aller grossir la masse à partager.

218. — Cependant la jurisprudence admet volontiers que le syndic a qualité pour exercer l'action de l'art. 42 au nom de la masse des créanciers. Mais peut-être a-t-elle, pour appuyer cette théorie, une raison particulière d'équité qui mérite l'indulgence. Les actionnaires, en effet, puisent dans l'art. 42 le droit d'exercer une action en indemnité personnelle, individuelle. Mais ils trouvent dans les art. 39 et 17 de la même loi des facilités extrêmes pour exercer cette action. Au lieu d'agir individuellement, et contrairement au vieux principe de notre procédure que nul ne plaide par procureur, ils peuvent se grouper s'ils représentent au moins le vingtième du capital social et agir par une action unique.

Rien de semblable pour les créanciers qui, n'étant pas actionnaires, ne peuvent agir qu'isolément. Il en pourrait résulter une telle multiplicité d'actions,

et partant une telle augmentation de frais, que les créanciers n'auraient plus aucun intérêt à intenter leur action. D'autre part, tous les créanciers ont un intérêt absolument identique. Dès lors, ne peut-on pas concevoir, dans une certaine mesure, que des juges ait vu là une société de fait entre tous les créanciers représentés naturellement par leur syndic, et aient ainsi cherché à combler une véritable lacune de la loi?

219. — Mais cette question mise à part, il est certain que les tribunaux ne paraissent pas avoir une idée bien nette du caractère social ou individuel des actions en indemnité.

C'est ainsi qu'il a été décidé qu'on doit reconnaître le caractère social à l'action basée sur des irrégularités commises dans l'évaluation d'apports en nature (1), et que les actionnaires exercent une action sociale, lorsqu'ils articulent les infractions commises au début de la société (2).

220. — Ce sont des décisions absolument incompatibles avec les caractères de l'action en responsabilité et les pouvoirs des liquidateurs ou syndics. Et

(1) D. 86. 2. 25.

(2) D. 86. 1. 137.

pour nous, les créanciers comme les actionnaires ont seuls le droit d'agir, parce qu'ils ne sont pas représentés par les syndics, ni par les liquidateurs, et que l'action qu'ils exercent est une action qui appartient, non pas à la société, mais à eux-mêmes individuellement et personnellement.

CHAPITRE VI

CONTRE QUI PEUT ÊTRE INTENTÉE L'ACTION EN RESPONSABILITÉ.

221. — D'après l'art. 42, les poursuites en responsabilité peuvent être intentées, non seulement contre les fondateurs et administrateurs en fonctions, mais encore contre les apporteurs en nature et contre ceux qui ont reçu des avantages particuliers. Ecartant ces deux derniers groupes qui sortent absolument de notre matière, il reste les fondateurs et les administrateurs en fonctions au moment où la nullité a été encourue. Doit-on déclarer ces personnes solidairement responsables du dommage résultant de la nullité, ou, au contraire, cette responsabilité n'incombe-t-elle qu'aux premiers? C'est une question qui a été soulevée à cause du peu de clarté des textes et a amené des solutions

très différentes. Cependant il ne semble pas impossible de la résoudre d'une manière satisfaisante.

222. — L'art. 42 déclare responsables les administrateurs en fonctions au moment où la nullité a été encourue. Ils ne devraient donc jamais être responsables de la nullité de la société survenue par application de l'art. 41. En effet, ils ne sont entrés en fonctions qu'après avoir été nommés dans la dernière assemblée constitutive et avoir accepté cette nomination. Or, la date de la nullité est antérieure, on ne peut donc dire qu'ils aient été en fonctions au moment où la nullité a été encourue. On objecterait en vain que la société, n'ayant pu être constituée qu'au moment de l'acceptation des administrateurs, ce n'est qu'à ce moment-là que le vice la frappe et que, par conséquent, les premiers administrateurs ont été en fonctions au moment où la nullité a été encourue : l'objection est spécieuse ; car bien que la société n'ait acquis son existence légale, définitive qu'au moment de l'acceptation des administrateurs, il n'en reste pas moins manifeste que dans la période de sa formation, elle a eu une existence imparfaite, embryonnaire dirions-nous, et que c'est pendant cette période que le vice l'a infectée, antérieurement à sa constitution défi-

nitive, alors que seuls les fondateurs jouaient un rôle. Et nous n'admettrions même pas l'opinion de M. Pont, d'après lequel on pourrait considérer comme ayant été en fonctions l'administrateur imposé par les statuts conformément à l'art. 25 de la loi de 1867. En effet, bien que désigné d'avance, cet administrateur ne commence ses fonctions qu'après l'accomplissement de toutes les formalités constitutives, et c'est précisément avant ce moment-là que le vice incriminé a atteint la société.

223. — Et notre opinion est confirmée par l'examen des sources de l'art. 42.

224. — Dans l'art. 24 de la loi de 1863, il y avait deux dispositions relatives, l'une aux formalités de constitution, l'autre aux formalités de publicité; il était naturel et juste qu'il y eût deux sanctions applicables distributivement à l'un et à l'autre cas. Plus tard, quand on a fait la loi de 1867, on a reporté plus loin la seconde règle de l'art. 24 de la loi de 1863 et on a oublié d'en faire autant de sa sanction écrite dans l'art. 25, en sorte que celle-ci a passé dans l'art. 42 de la loi de 1867. Faut-il en conclure qu'elle soit devenue applicable à l'art. 41 et que les administrateurs soient responsables de la nullité de la société survenue pour vice de consti-

tution? Nous ne le croyons pas. D'ailleurs nous trouvons dans les dispositions qui concernent les sociétés anonymes un argument d'analogie, qui serait peut-être insuffisant s'il était seul, mais qui fortifie heureusement les autres.

225. — L'art. 6 de la loi de 1867 déclare que les membres du premier conseil de surveillance d'une société en commandite par actions doivent, en entrant en fonctions, vérifier si toutes les formalités constitutives ont été observées conformément à la loi, et l'art. 8 ajoute que si la société vient à être annulée pour vice de constitution, ces membres du premier conseil de surveillance pourront être déclarés responsables du dommage résultant de l'annulation de la société; et la disposition est juste, car là où il y a un devoir, il doit y avoir une sanction, une responsabilité.

226. — Mais en matière de sociétés anonymes, la situation est différente; les premiers administrateurs ne sont pas tenus en prenant leurs fonctions de vérifier l'exact accomplissement des formalités constitutives et, dès lors, ils ne sauraient être déclarés responsables sans un texte formel et précis. Cependant nous accordons que cet argument ne saurait être péremptoire à lui seul,

mais il corrobore les autres arguments fournis.

227. — La jurisprudence a été à peu près unanime à adopter l'opinion adverse. Pour elle, lorsque la société est nulle, sont responsables solidairement les fondateurs et les premiers administrateurs (1); et la plupart des arrêts donnent cette solution comme nécessaire et évidente sans prendre la peine de la fortifier par des arguments : « Attendu que l'art. 42 de la même loi, dit la Chambre des requêtes de la Cour de cassation, déclare solidairement responsables envers les tiers, au cas où la nullité a été prononcée en vertu des articles ci-dessus visés, *les fondateurs de la société et les administrateurs* qui étaient en fonctions au moment où la nullité a été encourue (2)..... »

228. — Néanmoins nous maintenons qu'il y a là une fausse interprétation et que les premiers administrateurs ne devraient jamais être déclarés solidairement responsables des nullités prévues par l'art. 41. Cependant, nous concédons volontiers qu'une pareille solution ne serait pas injuste, car il est consciencieux pour un administrateur de

(1) D. 92. 1. 361. — D. 89. 1. 245. — D. 95. 1. 173. — D. 88. 2. 105.

(2) D. 92. 1. 361.

chercher à s'éclairer sur la situation véritable et sur l'état juridique de la société à la tête de laquelle il est mis; mais nous répétons qu'on ne peut rien décider sans texte, et que les textes actuels ne disent pas ce qu'on leur fait dire.

229. — Il est vrai de dire que notre interprétation est plus rigoureuse pour les fondateurs, qui devront porter seuls la charge de la responsabilité, sans pouvoir, grâce à la solidarité, la partager avec les administrateurs.

230. — Notons, enfin, que dans le cas, d'ailleurs le plus fréquent, où ce sont les fondateurs qui prennent les fonctions de premiers administrateurs, la difficulté disparaît en pratique, puisqu'ils sont seuls à être responsables.

231. — Quant aux personnes qui ont assisté les fondateurs en qualité de co-auteurs ou de complices, y a-t-il lieu de leur faire partager la responsabilité solidaire des fondateurs? Nous avons vu cette question en traitant de la personne des fondateurs. Rappelons que seuls peuvent être soumis à l'art. 42 ceux qui présentent les caractères de fondateurs, et que les autres ne sont responsables que dans les limites du droit commun, par application des art. 1382, 1383, Code civ. 59, 60, Code pén.

232. — En principe, tous les fondateurs sont responsables. L'art. 42 le dit formellement et n'admet pas d'exceptions. Tous ceux qui ont participé à la constitution de la société doivent subir la charge de la responsabilité solidaire.

Cependant, si un fondateur prouvait que non seulement il n'a pas participé à la constitution vicieuse de la société, mais encore que c'est par suite d'une fraude dirigée non seulement contre les actionnaires, mais encore contre lui-même que cette société a été irrégulièrement constituée et qu'il ne lui a pas été possible de découvrir cette fraude, pourrait-on le poursuivre solidairement avec ses co-fondateurs?

Sans aucun doute, si on voulait appliquer la loi à la lettre, car son texte est formel et ne souffre pas d'exception; mais nous n'hésitons pas à dire qu'on violerait manifestement son esprit.

Elle envisage en effet le cas général normal, celui où tous les fondateurs ont collaboré à l'œuvre commune, ayant tous le même but, le même objet, et elle les frappe solidairement, précisément à cause de ce travail en commun, les donnant tous aux actionnaires et aux tiers comme garants responsables des nullités qui leur incombent. Mais dans le cas particulier qui nous intéresse les circonstances

sont absolument différentes : le fondateur en question, non seulement n'a pas collaboré à l'irrégularité, mais c'est contre lui qu'elle a été commise, par suite de machinations dont il a été la première victime. Serait-ce juste de le condamner solidairement avec ceux qui ont abusé de lui ? Ne serait-ce pas absolument contraire à l'esprit de la loi ? Celle-ci a décidé pour le cas général, mais n'a certainement pas statué pour ce cas particulier qui sort absolument de son cadre. C'est d'ailleurs l'opinion de la Chambre des requêtes de la Cour de cassation (1) qui a statué dans notre sens sur le seul cas de ce genre que nous ayons rencontré dans la jurisprudence :

« ... Attendu qu'il ne résulte ni des faits constatés par l'arrêt attaqué, ni des procès-verbaux d'assemblées générales visés dans la rédaction dudit arrêt, que le défendeur éventuel ait assumé un autre rôle que celui de simple actionnaire; qu'eût-il été fondateur, la Cour d'appel a déclaré non seulement qu'il était étranger à la fraude qui a donné lieu à l'annulation de ladite société, mais encore qu'en fait il ne lui avait pas été possible de découvrir cette fraude commise clandestinement par d'autres... »

(1) 30 janv. 1893. D. 93. 1. 224.

Mais c'est là la seule circonstance où il semble possible de décharger un fondateur de la responsabilité solidaire de l'art. 42.

233. — C'est ainsi que celui qui s'est fait représenter par un mandataire est responsable des faits et gestes de ce mandataire, à moins qu'il ne prouve, ce qui est de droit commun, que ce mandataire a outrepassé les termes de son mandat (1).

234. — Bien plus, un fondateur ne pourrait pas se dérober en alléguant qu'il n'a pas participé aux faits incriminés, s'il est établi que son abstention provient de sa négligence, ou même de la confiance qu'il a témoignée à l'un ou quelques-uns de ses collègues. L'art. 42, en effet, n'est que l'application à un cas particulier des principes généraux sur la réparation des dommages causés à autrui, et ces principes punissent non seulement la faute active, mais encore la faute passive, la faute d'inertie (art. 1382, 1383).

235. — Les fondateurs ne pourraient même pas exciper de leur bonne foi, car l'art. 42 est général et absolu, et ils ne seraient pas admis à prouver que, par exemple, ils s'en sont remis à leurs collègues à

(1) D. 89. 1. 68. *Gaz. des Tribunaux*, 12 janv. 1899.

(2) *Supra*, p. 83.

propos d'une déclaration de versement contraire à la réalité, à moins toutefois qu'ils ne puissent établir, comme nous l'avons dit plus haut, qu'une fraude a été commise contre eux, dont il leur a été impossible de s'apercevoir. « Considérant, dit la Cour de Lyon, dans l'affaire Savary, que la nullité est imputable à tous les fondateurs qui ont fausement déclaré que le quart était versé; que si, parmi eux, quelques-uns, tels que Charvet, de Bongars et Montel, s'en sont rapportés à leurs collègues, la nullité ne leur en est pas moins imputable; que la loi n'a pas entendu atteindre seulement la mauvaise foi ou la connivence, mais que, pour assurer l'exécution des prescriptions légales, elle a voulu, de la part de chaque fondateur ou administrateur, une vérification sérieuse, que ce n'était rien vérifier que de s'en rapporter à Savary...; que la négligence a été d'autant plus coupable que la simple lecture de la liste de souscription leur aurait révélé certains noms d'actionnaires qu'on pouvait difficilement supposer avoir souscrit au nombre considérable d'actions qui leur était attribué s'ils devaient en effectuer le versement en espèces (1)... »

(1) D. 83. 2. 116.

236. — Enfin, comme les prescriptions de la loi de 1867 sont d'ordre public et n'admettent pas de conventions contraires, des fondateurs ne pourront pas être admis à prétendre, pour dégager leur responsabilité, que l'assemblée générale ayant eu connaissance de déclarations irrégulières, les approuva néanmoins et passa outre en constituant définitivement la société par la nomination des administrateurs. « Attendu, dit la chambre des requêtes de la Cour de cassation, que S..., V... et B... ont déclaré... que les actions nouvelles étaient entièrement souscrites; que le même jour, l'assemblée générale, après avoir eu connaissance de cette déclaration, qui était inexacte, vota la constitution définitive de la société en nommant les administrateurs; que H..., S... et V..., en faisant une déclaration inexacte, relativement à la souscription de la totalité du capital social, en ne faisant pas procéder à la vérification de tous les apports; que T..., D... et K..., en ne contrôlant pas le montant des souscriptions, ont commis une faute complexe... »

CHAPITRE VII

ÉTENDUE DE LA RESPONSABILITÉ

237. — L'ancien art. 42 de la loi de 1867 décide que « les fondateurs... sont responsables solidairement envers les tiers sans préjudice du droit des actionnaires ».

Ce texte peu clair a suscité de nombreuses controverses jusqu'au jour où la question a été définitivement résolue par la loi de 1893.

A première lecture, on ne peut pas conclure qu'il y ait dans cet article une charge exorbitante du droit commun, si l'on fait abstraction de la solidarité, car le texte est loin d'être précis au sujet de l'étendue de la responsabilité. Par conséquent, il y a lieu d'admettre que les fondateurs sont responsables du dommage qui résulte de la nullité et seule-

ment dans les limites de ce dommage. Cette opinion est corroborée par l'étude de l'art. 25 de la loi de 1863 d'où est tiré l'art. 42 qui nous intéresse en ce moment. Quand il s'agit de voter la loi de 1863, le Corps législatif refusa d'admettre que : « ... les administrateurs seraient responsables solidairement et par corps envers les tiers de *tout le passif social*... », et fit supprimer les mots : *de tout le passif social*. Et M. Duvergier, qui fut mêlé d'une façon très active aux travaux préparatoires, dit au sujet de l'art. 25 : « Cette disposition a été modifiée afin de laisser aux tribunaux le pouvoir de mesurer l'étendue de la responsabilité et de la proportionner au dommage qu'auront éprouvé soit les tiers, soit les associés (1). »

La pensée des législateurs était donc à ce moment-là de limiter l'étendue des responsabilités à celle des dommages, et comme il a été bien spécifié que l'art. 42 de la loi de 1867 n'est que la reproduction de l'art. 25 de la loi de 1863, il y a là un sérieux argument.

238. — Cependant la jurisprudence s'est nettement prononcée pour l'opinion adverse d'après

(1) Duvergier, *Collection des lois*, 1863, p. 387.

laquelle les fondateurs sont responsables de la totalité du passif social. Les raisons en sont tirées de ce que la société étant nulle, ses fondateurs se trouvent substitués à son être moral, et que d'ailleurs la rédaction de l'art. 42 indique nécessairement une différence de traitement entre les associés et les tiers; que si les droits des actionnaires sont maintenus par la phrase « sans préjudice des droits des actionnaires », ils sont aussi par cette phrase spéciale isolés de ceux des tiers, et qu'ils ne peuvent pas être identiques, sans quoi ils auraient été réunis au lieu d'être divisés.

239. — C'est attacher vraiment une bien grande importance à une rédaction qui n'est probablement qu'une faute de style, et qui, en tous cas, est bien insuffisante pour imposer aux fondateurs la responsabilité écrasante de la totalité du passif social.

Quant à cette théorie de l'être moral de la société remplacée par les fondateurs, elle ne trouve nulle part un appui solide. Elle se fonde sur ce que les membres d'une société nulle, n'existant que comme association de fait, sont tenus des obligations sociales comme s'ils étaient des associés en nom collectif lorsque ceux avec qui ils ont contracté ont pu supposer qu'ils agissaient à ce titre.

240. — Mais précisément ce n'est pas le cas, et, bien que la société anonyme soit nulle, elle fonctionne comme une société anonyme régulière, en sorte que les tiers ne peuvent pas se dire trompés par les apparences, et prétendre que les fondateurs sont responsables de tout le passif social; d'autant plus que, même si l'on appliquait cette théorie, on devrait tout au plus pouvoir affirmer que les administrateurs seuls seraient responsables envers les tiers comme des associés en nom collectif, puisque c'est avec les administrateurs et non avec les fondateurs que contractent les tiers, et dans ce cas même les fondateurs ne devraient pouvoir être poursuivis que pour le dommage résultant directement de leur faute.

241. — Aussi est-il plus simple de considérer que la société nulle, bien que n'existant pas en droit, conserve par l'ensemble de ses droits actifs et passifs à liquider une personnalité suffisante pour qu'il ne soit pas nécessaire d'y substituer celle des fondateurs.

242. — Quoi qu'il en soit, bien que l'opinion que nous avons préconisée n'ait pas été admise par la jurisprudence, elle a réapparu en 1893, cette fois dans la loi même, et maintenant elle s'impose à tous.

243. — L'art. 5 de la loi du 1^{er} août 1893 porte en effet que « dans le paragraphe 1^{er} de l'art. 42, aux mots *responsables solidairement envers les tiers sans préjudice des droits des actionnaires* sont substitués les termes suivants, *responsables solidairement envers les tiers et les actionnaires, du préjudice résultant de cette annulation* ».

244. — Cette modification fut votée sur la proposition de M. Clausel de Coussergues, député rapporteur, qui s'est exprimé dans les termes suivants : « En ce qui concerne l'étendue de la responsabilité en cas de nullité — d'après la loi de 1867, art. 8 — dans les sociétés en commandite par actions, la responsabilité est expressément limitée au dommage résultant de l'annulation de la société. Mais en ce qui concerne les sociétés anonymes, la même loi, art. 42, dit purement et simplement que les fondateurs seront responsables solidairement envers les tiers.

« La jurisprudence en conclut qu'ils ne sont pas seulement responsables du préjudice causé, mais qu'ils sont responsables envers les tiers de tout le passif contracté au nom de la société. Cette rigueur est injustifiable.

« Autant il est juste et nécessaire que chacun

reste responsable des conséquences de ses fautes, autant il est inadmissible qu'à l'occasion d'une faute commise il soit condamné à plus et autre chose qu'à ce qui en est la stricte et entière réparation.

« Nous vous proposons de décider — ainsi que le Sénat l'a fait dans l'art. 44 de son projet — que les fondateurs ne seront responsables que du préjudice résultant de l'annulation de la société (1). »

245. — Maintenant, il n'y a plus de doute possible et ceux même qui avaient soutenu l'opinion adverse (2) sont heureux de cette transformation qui est d'ailleurs conforme aux principes généraux du droit.

246. — Et toutes les décisions judiciaires, avant d'imposer une responsabilité aux fondateurs, aussi bien à l'égard des tiers que des actionnaires, devront rechercher, comme elles le faisaient avant la loi de 1893 à l'égard des seuls actionnaires, s'il existe une relation de cause à effet entre les dommages subis et l'irrégularité qui vicie la société dans son origine.

247. — Mais s'il est indispensable qu'il existe une

(1) Duvergier, *Lois et décrets*, 1893, p. 328, note 2.

(2) M. Lyon-Caen, *Traité de droit commercial*, Appendice sur la loi de 1893, p. 29.

relation de cause à effet entre la faute commise et le dommage éprouvé, il n'est pas nécessaire que cette faute constitue un dol, et la simple négligence suffit, comme nous l'avons d'ailleurs établi. Le juge du fait ne pourrait donc pas se contenter, pour dégager la responsabilité des fondateurs, de déclarer qu'ils n'ont commis ni dol, ni fraude.

248. — Il est donc difficile maintenant, et même impossible, de préciser dans quels cas les fondateurs devront être déclarés responsables. C'est là une question de fait qui relève uniquement de l'appréciation des tribunaux. Le seul principe absolu qu'on possède en la matière et qui doit inspirer et dominer toutes les décisions est celui-ci : le dommage résulte-il de la nullité, ou provient-il d'une autre cause ?

249. — C'est ainsi qu'on a très justement décidé que si la société, dont le capital n'a pas été réalisé en espèces, a été le jour même de sa constitution créditée d'une somme équivalente au montant de ce capital, et si elle a été mise en possession des ressources nécessaires pour se livrer aux spéculations en vue desquelles elle avait été fondée, comme la ruine causée par l'effondrement des valeurs de spéculation acquises en représentation du fonds social et le préjudice éprouvé par les actionnaires à raison

de cette circonstance ne peuvent pas être attribués à la nullité de la société, l'action exercée par le liquidateur en tant que représentant des actionnaires contre les fondateurs aux termes de l'art. 42 de la loi de 1867 doit être rejetée comme mal fondée (1).

250. — Et cette décision applicable avant 1893 aux seuls actionnaires le serait depuis cette époque non seulement aux actionnaires, mais encore aux tiers et dans la même mesure (2).

Il y a d'ailleurs lieu de remarquer que si les tribunaux sont juges souverains des relations de cause à effet qui existent entre le vice initial et le dommage subi, ils ont aussi le droit de déterminer d'une façon absolue l'étendue de ce dommage. C'est ainsi que la Cour de Lyon a restreint singulièrement la réparation demandée parce que, s'il avait été établi que les fautes incriminées avaient amené la ruine de la société, il avait été prouvé d'autre part que les actionnaires, en prenant les actions, avaient été conduits par des vues d'agiotage qui diminuaient singulièrement l'intérêt qui leur était

(1) D. 90. 2. 326. Les motifs de cette décision, pour repousser la demande en responsabilité sont très justes, mais nous rappelons que nous avons refusé au liquidateur le droit d'agir spontanément comme représentant des actionnaires.

(2) Dans le même sens, D. 93. 1. 73. D. 91, 2. 237. D. 88. 2. 293.

dû : « Qu'il est juste, dit la Cour, de laisser une large part de responsabilité à la charge des parties civiles elles-mêmes, à qui le désir de s'enrichir par des moyens prompts et faciles a fait oublier les règles de la prudence (1). »

251. — Des juges seraient même bien fondés à repousser toute demande en responsabilité des actionnaires, s'il était prouvé qu'ils ont connu le vice qui a amené la ruine de la société et que néanmoins ils n'ont pas hésité à adhérer à la constitution de la société, car alors c'est un risque qu'ils ont voulu courir, et il n'existe aucune faute des fondateurs à leur égard (2).

252. — Cependant la décision à laquelle nous nous rapportons a excité les inquiétudes de M. Boistel, non pas tant à cause de la solution en elle-même qui peut être fondée en espèce, mais des principes sur lesquels elle paraît appuyée.

253. — L'arrêt en question dit en effet que la connaissance qu'ont eue les actionnaires de l'irrégularité de la société résulte suffisamment de ce que l'état des choses, — des versements opérés par

(1) D. 86. 2. 136 (*in fine*).

(2) D. 95. 1. 497.

des jeux d'écritures, — a été révélé à un mandataire auquel ces actionnaires avaient confié la gestion de leurs intérêts et qui a souscrit la dernière émission pour le compte de ses commettants.

254. — Sans critiquer le cas particulier qui a pu être parfaitement jugé, M. Boistel (1) s'insurge contre cette affirmation générale que des mandants devront toujours être tenus pour informés parce que leur mandataire l'aura été, et il cite de nombreux cas où cela ne serait pas vrai. « Il suffit de supposer, dit-il, qu'un particulier charge son banquier de souscrire pour lui et que celui-ci soit au courant des irrégularités commises dans la constitution de la société, mais qu'en présence d'un ordre ferme, n'impliquant aucune demande de conseil, il ne se soit pas cru autorisé à communiquer à son client les renseignements qu'il a pu avoir par-devers lui. Le client devra-t-il être traité comme étant de mauvaise foi et privé de tout recours contre les fondateurs? L'affirmative paraîtrait inique... » Et il continue en établissant que si le mandataire représente le mandant pour les éléments matériels du contrat, il ne le représente pas

(1) D. 95. 1. 497, en note.

pour les éléments purement internes de l'acte juridique, « que la puissance juridique du consentement s'estime d'après les qualités intrinsèques de la personne du mandant et non pas d'après celle de la personne du mandataire, et que par conséquent le consentement efficace dans le contrat définitif est celui du mandant et non celui du mandataire ».

255. — D'où il faut conclure que si, dans l'espèce, la solution était juste, et M. Boistel le reconnaît lui-même, en principe et d'une façon générale, il est impossible d'admettre que le mandant sera tenu pour informé toutes les fois que le mandataire l'aura été. Il n'y a d'ailleurs pas lieu, en cette matière, à l'application des principes du Code civil, d'après lesquels le mandant est responsable des fautes commises par le mandataire, à l'occasion de l'exécution de son mandat, parce que s'il y a faute du mandataire, on ne peut pas dire qu'elle ait été commise dans l'exécution du mandat, laquelle a pu être absolument correcte.

256. — Notons enfin, avant de terminer cette question, du pouvoir d'appréciation des tribunaux, que si un arrêt reconnaît une société comme régulière et valable, il n'a pas besoin de motiver son rejet des conclusions en responsabilité, puisque la

responsabilité n'est qu'une conséquence de la nullité qui n'existe pas (1).

257. — Nous venons de voir les limites assez étroites dans lesquelles peut se mouvoir l'action en responsabilité de l'art. 42.

En fait, son emploi ne peut être que très restreint, surtout depuis qu'il est permis de corriger les vices de nullité, car, ou bien la société prospérera et personne n'aura, en fait, intérêt à demander sa nullité, ou bien elle fonctionnera à perte et, dans ce cas, bien souvent elle devra sa ruine à d'autres motifs que sa constitution irrégulière, ce qui écartera l'usage de l'art. 42, quand même la nullité serait prononcée.

258. — Mais de ce que l'art. 42 existe, il ne faudrait pas supposer qu'il supprime les principes généraux du droit commun en matière de responsabilité. Qu'on suppose que des apports ont été majorés à la suite d'un accord intervenu entre les fondateurs et les premiers actionnaires, il n'y a pas là une cause de nullité, puisque les apports ont été approuvés conformément à la loi; cependant, il peut en résulter un dommage considérable pour les tiers

(1) D. 94. 4. 165.

qui, dans la suite, auront acheté des actions. Ceux-ci n'auront-ils pas le droit de se plaindre, n'auront-ils aucun recours? Si; ils pourront agir en vertu de l'art. 1382, et, pour apprécier le dommage qui leur a été causé, les magistrats pourront prendre toutes les mesures propres à leur faire connaître la véritable valeur de ces apports, et même en réduire l'évaluation pour les besoins de la cause (1). Mais cette réduction de la valeur des apports ne pourra être que relative, et ne devra rien changer à la

(1) D. 89. 1. 309.

La Cour. — Attendu que l'action introduite par Robin et consorts est dirigée contre les membres du syndicat formé après la constitution de la société des raffineries Etienne et Cézard pour le placement des actions souscrites par les fondateurs; qu'elle a pu, par suite, être examinée et accueillie en dehors de toute demande en nullité de la société; Attendu que Robin et consorts se fondant uniquement sur l'art. 1382 C. civ. pour établir vis-à-vis des membres du syndicat leur droit à des dommages-intérêts pouvaient relever tous les faits dommageables commis par ces membres, toutes les manœuvres dolosives de nature à tromper sur le prix des actions, et particulièrement la majoration intentionnelle des apports en nature; — Attendu que vainement on voudrait prétendre que l'approbation des apports en nature donnée dans la seconde assemblée générale interdit à tout intéressé de contester la valeur de ces apports; — Que cela peut être vrai au regard des apporteurs en nature et des souscripteurs en numéraire fondateurs de la société par suite de la connaissance parfaite qu'ils avaient de la situation et du bénéfice cherché dans le placement des actions dont ils étaient détenteurs, mais que cela ne saurait être vrai au regard des cessionnaires d'actions demeurés étrangers aux agissements frauduleux des fondateurs et destinés à en être victimes; — Que, d'une part, la loi du

situation d'ensemble de la société qui est parfaitement régulière aux yeux de la loi (1).

259. — Enfin, avant de clore ce chapitre sur l'étendue des responsabilités, il importe de rappeler le § 3 de la loi du 1^{er} août 1893 : « Les dispositions de l'art. 8 et celles de l'art. 42 s'appliquent aux sociétés déjà constituées sous l'empire de la loi du 24 juillet 1867. »

260. — Cette disposition formelle impose aux instances introduites avant la loi de 1893 l'application des principes de cette loi, en sorte que des tiers

24 juillet 1867, dans son art. 4, déclare que l'approbation des apports en nature ne fait pas obstacle à l'exercice ultérieur de l'action qui peut être intentée pour cause de dol ou de fraude, et d'autre part qu'on ne saurait comprendre qu'un acte fait dans une pensée de fraude eût pour conséquence d'empêcher l'action de ceux en vue desquels la fraude était commise et qui en ont subi les effets dommageables; — Attendu que l'arrêt attaqué constate que « la majoration des apports en nature a été savamment combinée en vue de tromper le public et d'obtenir le placement au prix minimum 500 francs d'actions dont la valeur réelle était de 319 francs que pour obtenir ainsi les 3.620.000 francs de bénéfices que l'on avait en vue, la plus grande publicité a été organisée pour faire croire à tort, contrairement à la vérité, que les actions valaient largement 500 francs; » — Que l'arrêt apprécie et détermine ensuite le préjudice causé aux cessionnaires d'actions; — Attendu que ces constatations et appréciations rentraient dans le domaine souverain des juges du fait; — Qu'en résumé, en statuant comme il l'a fait, l'arrêt attaqué n'a violé aucun des articles invoqués par le pourvoi, — Par ces motifs rejette.

Du 19 février 1889 Ch. civ.

(1) D. 89. 1. 309. — D. 83. 2. 161. — D. 81. 1. 161.

qui, en cas de nullité, auraient demandé le paiement de tout le passif social, devraient voir leur demande réduite au dommage qui leur a été effectivement causé, tandis que, en sens inverse, les actionnaires jouiront de plein droit, comme les tiers, du bénéfice d'une solidarité pleine et entière, préférable à cette solidarité de fait qui leur était accordée auparavant (1).

261. — Et même, si cette disposition n'avait pas été insérée dans la nouvelle loi, nous croyons que

(1) 96. 1. 128.

« La Cour; — Sur le moyen unique du pouvoir; — Attendu que l'art. 7 de la loi du 1^{er} août 1893 soumet les sociétés constituées sous l'empire de la loi du 24 juillet 1867 à l'application de son art. 42 modifié par ladite loi du 1^{er} août 1893; — Que cette disposition est absolue, et doit s'appliquer aussi bien aux instances introduites antérieurement au 1^{er} août 1893 qu'à celles qui n'ont pris naissance que postérieurement, dès lors que les sociétés ont été constituées sous l'empire de la loi de 1867; — Attendu en fait que la grande distillerie du Midi est une société constituée sous l'empire de la loi du 24 juillet 1867; que la contestation engagée entre la faillite de la grande distillerie et la faillite Curade portait sur le point de savoir quelle était l'étendue de la responsabilité que devaient supporter les fondateurs en vertu de l'art. 42, par suite de l'annulation de la société; — Attendu dès lors que l'arrêt attaqué (Montpellier, 4 juillet 1894), n'a violé aucune loi en décidant que les dommages éprouvés par les tiers ayant une toute autre cause que l'annulation de la société, le fondateur, uniquement actionné en conséquence de sa qualité et des effets de l'annulation, devait être déchargé de toute responsabilité; — Par ces motifs rejette.

« Du 17 février 1896. Ch. civ. »

les tribunaux auraient dû appliquer la même solution.

« Les lois interprétatives, disent, en effet, MM. Aubry et Rau, ne peuvent rationnellement donner lieu à la question de savoir si elles doivent ou non s'appliquer aux situations établies et aux rapports formés avant leur promulgation. Comme elles ont pour objet de déterminer le sens des lois antérieures, elles forment corps avec ces dernières et ne sont pas à considérer comme des lois nouvelles dans le sens de notre matière. Sous ce rapport il n'y a pas même à distinguer entre les lois qui, en réalité, ne sont qu'interprétatives, et celles auxquelles le législateur a entendu attribuer ce caractère, bien que de fait elles statuent par voie de disposition nouvelle (1). »

262. — Or, qu'est l'art. 42 de la loi de 1893, sinon un article interprétatif de celui de la loi de 1867. Ce dernier n'énoncerait rien. La jurisprudence lui appliquait un sens généralement contredit par la doctrine : la question est tranchée par la loi nouvelle. Qu'y a-t-il là de plus qu'une simple interprétation ? Cela ressort d'ailleurs nettement des paroles

(1) Aubry et Rau, t. I^{er}, p. 60.

de M. Clauzel de Coussergues, citées plus haut.
« Cette rigueur est inqualifiable », dit-il en parlant
de l'opinion de la jurisprudence, et l'interprétation
qu'il propose est acceptée par la Chambre.

CHAPITRE VIII

DES PRESCRIPTIONS

263. — La loi de 1867 ne parlait pas de prescriptions en matière de nullités de sociétés, et on se demandait déjà si une prescription était applicable.

Partant de ce principe général que la nullité est d'ordre public, quelques auteurs, et entre autres M. Pont (1), soutenaient, et à juste titre, qu'en pareille matière il n'y avait pas de prescription possible. « Cette nullité, dit-il, étant absolue et d'ordre public, et telle qu'elle ne peut, par aucun moyen, être effacée ou couverte, on ne comprend pas, il faut bien le dire, la prescription appliquée à l'action dont l'objet spécial est de la faire recon-

(1) P. Pont, *Sociétés commerciales*, n° 1239.

naître et déclarer, pas plus qu'on ne comprendrait l'exception de prescription opposée par exemple à un moyen de nullité proposé contre un mariage contracté au mépris de dispositions constitutives d'un empêchement dirimant. En effet, un mariage incestueux pourrait-il devenir incontestable ou inattaquable à la longue et à la faveur d'une prescription quelconque. ... Il doit en être de même d'une société illégalement constituée, puisqu'il ne se peut pas qu'une société illégale dès le principe, et dont la loi n'admet pas l'existence, puisse devenir légale et valable par l'effet du temps. »

264. — Cependant, cet avis, bien que très général, ne fut pas partagé par tout le monde, et M. Vavasseur préconisa la prescription de dix ans (1), tandis que d'autres voulaient s'en rapporter au droit commun et autoriser la prescription par trente ans (2).

265. — La loi de 1893 apporte un remède nécessaire à cette situation, car s'il était logique et rigoureusement juridique de refuser toute espèce de prescription, la situation faite aux sociétés n'en était pas moins dure, puisqu'il ne leur était même pas permis de corriger l'irrégularité qui les entachait,

(1) Vavasseur (loi de 1867, n° 262). Beslay et Lauras, n° 643.

(2) Bédarride (loi de 1867, n° 160). Rivière (loi de 1867, n° 74).

et qu'elles n'avaient d'autre ressource que de se dissoudre pour se reconstituer à nouveau plus régulièrement.

266. — L'art. 3 de la loi de 1893 donne donc les moyens d'échapper d'abord à la nullité de la société, puis à l'action en responsabilité; il constitue une addition à l'ancien art. 8 de la loi de 1867.

267. — Lorsqu'une société est nulle, elle a le droit de réparer le vice dont elle est infectée, et depuis ce moment-là, on ne peut plus demander la nullité, si toutefois l'irrégularité a disparu avant l'introduction de toute demande en justice. La loi a même poussé la prévoyance jusqu'à décider que « si pour couvrir la nullité une assemblée générale devait être convoquée, l'action en nullité ne serait plus recevable à partir de la date de la convocation régulière de cette assemblée. »

En effet, si la demande en justice n'avait été impossible qu'à partir de la décision de l'assemblée réunie pour remédier à la nullité, on eût pu craindre avec raison qu'un esprit mal disposé, et prévenu que la société était viciée à son origine, ne se hâtât d'agir en justice pour faire prononcer la nullité et de paralyser ainsi à la fois les bonnes dispositions de la loi et des associés.

De plus, une prescription de dix ans a été créée, et lorsque ce délai s'est écoulé depuis que la société a été constituée, l'action en nullité ne peut plus être intentée. C'est là une grave dérogation au principe d'ordre public qui est à la base de ces nullités.

Mais il faut bien remarquer que c'est une prescription d'ordre spécial qu'il ne faut pas confondre avec celle de l'art. 1304 du Code civil. La prescription de la loi de 1893 n'a pas pour but de confirmer la violation de la loi, mais bien d'assurer la faveur d'une existence certaine à la société nulle qui a vécu jusque-là.

268. — Une disposition transitoire mentionne que cette prescription de dix ans ne pourra être opposée avant l'expiration des dix ans qui suivront la promulgation de la présente loi, en sorte que c'est à partir de l'an 1903 seulement que cette prescription fonctionnera normalement, tandis que maintenant elle n'a pas eu encore l'occasion ou plutôt le droit de s'appliquer.

269. — A propos de cette prescription de dix ans, la loi ne parle que de l'action en nullité, et point de l'action en responsabilité. Que doit-on décider à ce sujet? Pour la raison que nous donnions tout

à l'heure, il n'y a pas pu avoir encore de décision judiciaire à ce sujet; néanmoins, nous tenons pour certain que l'action en responsabilité se prescrira par le même délai. Qu'est-ce, en effet, que la responsabilité? sinon la sanction de la nullité. Et si l'on ne peut pas dire qu'une société est nulle, comment peut-on attaquer ses fondateurs? L'art. 42 ne laisse aucun doute à ce sujet : « Lorsque la nullité ... a été prononcée aux termes de l'art. 41..., les fondateurs sont responsables. » Si donc la nullité ne peut pas être encourue par suite d'une prescription de dix ans, les fondateurs ne sont pas responsables. Autant dire que l'action en responsabilité se prescrit par dix ans.

270. — Nous venons de voir que l'action en nullité cesse par la disparition de l'irrégularité constitutive et que, même sans aucune réparation, elle n'est plus possible après un délai de dix ans; et nous avons conclu de cette dernière disposition que l'action en responsabilité disparaît en même temps que l'action en nullité. Peut-on dire de même que lorsque la cause de nullité a été corrigée, l'action en responsabilité n'est plus possible? Oui, en principe et d'une façon générale, et précisément pour ce motif, déjà énoncé plusieurs fois, que

l'action en responsabilité n'est que la conséquence et la sanction de la nullité. Cela résulte, d'ailleurs, expressément du passage de l'art. 8 qui pose en même temps une exception à ce principe général : « ... L'action en responsabilité pour les faits dont la nullité résultait, cesse également d'être recevable, lorsque avant l'introduction de la demande la cause de nullité a cessé d'exister et que, en outre, trois ans se sont écoulés depuis le jour où la nullité était encourue. » Donc, lorsque la nullité a cessé d'exister, l'action en responsabilité n'est plus possible. Cependant, si l'on se trouve dans le délai de trois ans qui court à partir du moment où la nullité a été encourue, et bien que l'action en nullité ne soit plus possible, l'action en responsabilité peut encore être exercée.

271. — Cette disposition anormale est due à une proposition du rapporteur, M. Clauzel de Coussergues, qui, devant la Chambre, s'était exprimé en ces termes à ce sujet (1) : « ... Le Sénat a déclaré que par l'effet de la disparition de la cause de nullité deviennent non recevables tant l'action en nullité que l'action en responsabilité en résultant, mais

(1) Duvergier, *Lois et décrets*, 1893, p. 327. Note 1.

l'une et l'autre seulement après que trois ans se sont écoulés depuis le jour où la nullité avait été encourue.

« Rien de plus juste que cette permanence de l'action en responsabilité pendant un délai fixe. Il ne faut pas que les fondateurs qui ont commis la faute de constituer une société nulle puissent, du jour au lendemain par un acte habile de récipiscence, s'affranchir des conséquences de leurs fautes.

« Il en est autrement de l'action en nullité elle-même, il n'y a pas plus de raison de la laisser subsister après que le vice de constitution est réparé qu'il n'y en a dans le cas de publicité tardivement faite. Tout est en ordre pour l'avenir. Quant au passé, il reste du moins pendant trois ans après l'infraction commise l'action en dommages, intérêts, et cela suffit. »

272. -- L'intention de M. Clausel de Coussergues était excellente : il voulait qu'on ne pût pas par un acte habile de récipiscence se dégager des responsabilités qu'on avait pu encourir. Néanmoins, nous préférons encore la solution de Sénat, qui, si elle laisse subsister pendant trois ans les actions en nullité et en responsabilité, présente du moins plus d'unité dans sa conception : « L'action en nullité survivra, dit-il, trois ans à partir du moment où la

nullité aura été encourue (1). » On peut critiquer cette disposition, mais au moins l'action en responsabilité reste intimement liée à l'action en nullité dont elle est la conséquence, elle vit autant qu'elle et disparaît en même qu'elle.

273. — Au contraire l'art. 8 de la loi de 1893 dispose tout autrement : l'action en nullité disparaît mais l'action en responsabilité subsiste pendant trois ans à partir du moment où la nullité a été encourue. C'est en contradiction manifeste avec les principes généraux qui régissent cette question des nullités et responsabilités. L'idée dominante, avons-nous déjà vu, est qu'il ne peut y avoir de responsabilité que là où il y a nullité, l'une est la conséquence de l'autre. Si le vice de nullité est corrigé et la société reconnue correcte, quel dommage peut-il en résulter; et si on ne peut pas, au préalable, prononcer la nullité, comment pourra-t-on agir en responsabilité?

Il ne semble pas que cette disposition de la loi puisse s'appliquer souvent, d'autant plus que son cadre est très restreint : il faut bien observer en effet que ce n'est pas pendant trois ans à partir du moment où la nullité a été corrigée que dure l'action

(1) *Supra*, n° 294.

en responsabilité, mais pendant trois ans à partir du moment où la nullité a été encourue, en sorte que si le vice qui infectait la société n'a été corrigé que trois ans après le moment où la nullité a été encourue, l'action en responsabilité cesse au moment même d'être possible.

274. — Notons pour mémoire ces dispositions transitoires de l'art. 7 de la loi de 1893 d'après lesquelles « l'action en nullité résultant des art. 7 et 41 ne sera plus recevable si les causes de nullité ont cessé d'exister au moment de la présente loi. — L'action en responsabilité pour les faits dont la nullité résultait ne cessera d'être recevable que trois ans après la présente loi ».

275. — En somme, il n'y a en matière de responsabilités qu'une seule prescription, la prescription de dix ans corrélative de la prescription en matière de nullités, car le fait de ne pouvoir intenter l'action en responsabilité, lorsque l'irrégularité initiale a disparu et que la société est valable, ne peut pas être considéré comme une prescription. « La prescription, disent en effet MM. Aubry et Rau, est, une exception au moyen de laquelle on peut repousser une action par cela seul que celui qui la forme a pendant un certain laps de temps négligé de

l'intenter ou d'exercer le droit de fait dont elle découle (1). »

A titre exceptionnel, le délai de trois ans à partir du moment où la nullité a été encourue et pendant lequel on peut intenter l'action en responsabilité, si d'ailleurs la nullité a été corrigée, constitue lui aussi un délai de prescription.

276. — Comme nous l'avons indiqué précédemment, ces délais de prescription dépendant intimement de l'exercice de l'action en nullité, ne peuvent être soumis aux causes de suspension des prescriptions (art. 2251 et suiv. C. civ.), et ils doivent plutôt être considérés comme des délais préfixes qui courent nonobstant toute circonstance susceptible de suspendre une prescription ordinaire.

Quant à la prescription de l'action en nullité, bien que la loi se serve du mot *prescription*, elle le fait plutôt pour indiquer que l'action ne pourra plus s'exercer utilement au bout d'un certain délai que pour exprimer que ce délai sera soumis aux règles générales des prescriptions prévues par le Code civil.

277. — A côté des fautes civiles qu'on peut trouver à l'origine des sociétés et pour lesquelles nous

(1) Aubry et Rau, *Droit civil français*, t. VIII, p. 423.

venons d'étudier les sanctions et les moyens de prescription, il y a des fautes qui relèvent aussi du droit pénal qui ont des règles spéciales au point de vue pénal et qui cependant se trouvaient intimement mêlées aux fautes civiles : pour n'en citer qu'une, la simulation de souscriptions ou versements en vue d'obtenir des souscriptions ou des versements (art. 15, loi du 24 juillet 1867).

Il y peut y avoir là à la fois faute civile : défaut de souscription intégrale ou de versement légal, et faute délictuelle : tentative d'obtenir de nouvelles ressources.

Faut-il considérer ces deux fautes comme tellement unies qu'il faille faire profiter la première des règles du droit pénal au point de vue de la prescription, arguant de ce que le Code d'instruction criminelle a associé le sort de l'action civile à celui de l'action pénale?

278. — Rappelons que les prescriptions civiles et pénales ont des points de départ différents. La première est une peine contre la négligence du créancier, tandis que la seconde est une conséquence du temps qui met en oubli l'infraction (1).

(1) Garraud, *Droit criminel*, p. 512.

Elles ont donc une nature intime toute différente.

279. — Ajoutons que les principes du Code que nous venons de rappeler se justifient par cette double raison que si la prescription de l'action civile était plus longue que celle de l'action publique, on pourrait voir la partie lésée faire déclarer le défendeur coupable d'une infraction et obtenir contre lui condamnation alors que le ministère public serait impuissant, et que le législateur veut faire de la partie lésée l'auxiliaire le plus actif de l'action publique; que c'est dans ce but que le législateur déclare l'action publique non recevable si elle est exercée après les délais de prescription de l'action publique.

280. — Mais cette règle n'est pas générale, elle a des limites précises, et la prescription pénale cesse d'être applicable si l'action civile ne tire pas son origine exclusive de l'infraction, mais a sa cause dans un droit préexistant ou tout au moins distinct; et, dans ce cas, le fait délictueux laisse subsister tous les droits qui existaient avant lui ou en dehors de lui, et l'action qui a sa base dans ces droits doit échapper à la prescription pénale (1).

(1) Garraud, *Droit criminel*, p. 532.

281. — Telle est la théorie qui régit les rapports des actions civiles et pénales au point de vue de la prescription.

282. — Si nous en faisons l'application au cas qui nous intéresse, nous voyons qu'il n'y a pas entre les fautes civiles et pénales cette corrélation étroite, nécessaire pour participer à la même prescription. Il y a coexistence simplement et il y aurait eu une cause de nullité quand même la loi n'aurait pas frappé certaines infractions de peines délictuelles. Dans ces conditions-là, les deux actions civiles et pénales gardent leur autonomie absolue au point de vue de la prescription. C'est, du reste, l'opinion unanime de la jurisprudence.

C'est ainsi que la Cour de cassation (1) a déclaré, cette année même, que les prescriptions établies par les lois criminelles ne s'appliquent aux actions civiles en responsabilité d'un dommage qu'autant qu'elles ont réellement et exclusivement pour cause un crime, un délit ou une contravention; que, par suite, l'action qui, en dehors des faits délictueux, puise son principe dans un contrat ou une disposi-

(1) *Gaz. des Trib.* 12 janv. 1899. Dans le même sens. D. 85. 1. 104. D. 91. 2. 337. D. 84. 2. 122. D. 93. 1. 173. D. 86. 1. 89.

tion des lois, reste soumise à la prescription du droit commun. De même la Cour de Paris avait déclaré que la prescription du délit commis par les fondateurs laisse subsister la cause de nullité qui affecte la société (1).

283. — Que dire de la prescription de cinq ans prévue par l'art. 64 du Code de commerce, est-elle applicable en matière de responsabilité?

Non, car elle est créée en faveur des associés non liquidateurs et n'est applicable qu'à l'égard des sociétés, régulièrement constituées, qui se liquident.

Du reste, elle doit être écartée par le fait même que la loi de 1893 a établi des règles spéciales qui dérogent nécessairement aux principes généraux.

(1) D. 84. 2. 3.

CONCLUSION

284. — Nous avons dans ce travail cherché à isoler tout ce qui peut intéresser la personne des fondateurs d'une société anonyme. Après avoir déterminé les cas dans lesquels leur responsabilité peut être mise en jeu, nous avons étudié individuellement chacun de ces cas, puis nous avons suivi la marche des actions en nullité et en responsabilité et, enfin, les moyens donnés par la loi de 1893 pour remédier aux imperfections constitutives des sociétés. Que reste-t-il de ce travail et quelle idée s'en dégage?

285. — La responsabilité des fondateurs, en elle-même, telle qu'elle existe dans la dernière forme que lui a donnée la loi de 1893, n'est pas, en somme, bien terrible et nous avons vu qu'elle ne se distingue de celle du droit commun que par le caractère de

solidarité légale dont elle est aggravée, solidarité nécessaire, inéluctable, et plus rigoureuse que cette solidarité, dite solidarité imparfaite, qu'on aurait pu appliquer à défaut de texte spécial. Et, d'une façon générale, la charge des fondateurs a été singulièrement allégée, si ce n'est vis-à-vis des actionnaires, où elle a subi une légère aggravation de détail, en ce qui concerne la solidarité.

286. — Cette solidarité en elle-même est-elle exorbitante? Certainement, elle sort des limites du droit commun, mais il est juste d'observer qu'elle est imposée dans des circonstances, analogues à bien d'autres, où la loi l'a aussi imposée, et d'ailleurs ne s'offre-t-elle pas d'elle-même à l'esprit, comme chaque fois qu'une faute résulte d'une coopération, d'un travail ou d'un fait collectif?

287. — Quant aux moyens fournis par la loi de 1893 pour corriger les nullités et éteindre par la prescription les actions en nullité et en responsabilité, ils constituent un progrès considérable, et même une faveur qui adoucit les rigueurs du droit commun.

288. — La part la plus lourde de la responsabilité des fondateurs ne résulte-t-elle pas surtout de la multiplicité des prescriptions et formalités aux-

quelles ils doivent se plier pour constituer leurs sociétés, et peut-être pourrait-on concevoir de ce côté un allègement à leurs charges? Pourquoi, surtout, se montrer si rigoureux quand on donne en même temps le droit de passer la frontière et d'y constituer des sociétés dispensées de beaucoup des formalités imposées dans notre pays. On impose aux sociétés d'assurances françaises des versements de garantie et les sociétés étrangères qui fonctionnent chez nous en peuvent être dispensées. On prohibe les actions de moins de 100 francs et les libérations trop faibles, sous prétexte de protéger notre épargne, et on laisse envahir le pays par ces actions de mines d'or que nos voisins d'outre-Manche semblent avoir créées exprès pour nous prendre un milliard.

289. — Si les conditions et formalités prescrites par la loi sont nécessaires, ou même simplement utiles, qu'on les impose d'une façon générale, sinon qu'on les supprime. Du moins qu'on les simplifie, qu'on les coordonne et qu'on fasse disparaître celles qui sont inutiles et surannées, celles qui donnent des apparences de garantie, mais pas de garanties sérieuses : ce ne sont pas les sociétés les moins sûres qui sont le moins en règle avec les prescrip-

tions de la loi. Quelles que soient ses précautions, celle-ci ne pourra jamais protéger les actionnaires malgré eux. La constitution des sociétés, surtout des grandes sociétés, est une affaire de crédit, de confiance; toujours les actionnaires sont à la merci des directeurs et des fondateurs de l'entreprise; la seule garantie sérieuse pour eux est la moralité et l'honorabilité professionnelle de ceux en qui ils ont placé leur confiance. Si ces deux qualités existent, pourquoi charger les fondateurs inutilement?

290. — Si l'on veut chercher une protection pour l'épargne, qu'on la cherche non dans des prescriptions de détail mais dans un ordre d'idées moins proches et plus élevées.

Le vrai remède, le seul efficace est dans cette liberté d'association qu'on craint tant, dans cette formation des personnalités morales qui sont de droit naturel, bien que l'Etat ait grand'peur de les reconnaître. Alors on verra se développer peu à peu ces groupements professionnels dont on est si déshabitué, qui pourront unir et grouper leurs ressources dans des entreprises qui leur seront connues, tandis que maintenant les individualités isolées, ne sachant que faire de leurs ressources, ne sachant à qui accorder confiance et

crédit, se laissent drainer leurs capitaux par mille chevaliers d'industrie.

Déjà dans l'est de la France de timides essais de groupements agricoles, bien vite entravés par l'administration, ont donné de sérieuses satisfactions et employé utilement les ressources locales. Tandis que dans d'autres régions les économies vont s'englouir dans les entreprises les plus hasardeuses par l'entremise de toutes sortes de courtiers d'affaires et même de bien des notaires, au lieu de rester féconder le pays où elles se sont formées.

291. — Mais le progrès fait son chemin. L'exemple des nations voisines nous amènera forcément à faciliter la création des sociétés anonymes à laquelle nous avons été si rebelles, et l'idée d'association qui se développe lentement mais sûrement, finira par conquérir droit de cité. Alors la formation du citoyen se complètera, il apprendra à compter sur lui-même et à aider les siens, à faire ses affaires tout seul sans attendre toujours de l'Etat secours et protection. Certes, alors, ce ne sera pas l'âge d'or où toutes les sociétés seront honnêtes, mais au moins les actionnaires seront-ils plus capables et mieux armés pour se défendre contre les entreprises

hasardeuses, résultat bien appréciable et plus sûr que celui qui consiste à protéger, malgré eux, des actionnaires incapables de s'occuper de l'entreprise où ils ont mis leurs fonds.

Paris, 7 mai 1899.

Le Président,
M. LYON-CAEN.

Vu par le Doyen :
GLASSON.

Vu et permis d'imprimer,
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
GRÉARD.

TABLE

INTRODUCTION.	1
Historique.	3
CHAPITRE I. — Qu'est-ce qu'un fondateur de société anonyme.	13
<i>Appendice.</i> Faut-il rechercher des responsabilités de fondateurs en cas de transformations de sociétés ou d'augmentation de capital.	31
CHAPITRE II. — Dans quels cas le fondateur est responsable. .	35
<i>Section I.</i> — Nombre minimum des associés.	41
<i>Section II.</i> — Souscription intégrale du capital social. . .	45
<i>Section III.</i> — § 1. — Taux des actions.	63
§ 2. — Forme des actions.	70
<i>Section IV.</i> — Versement obligatoire.	74
<i>Section V.</i> — Déclaration notariée.	96
<i>Section VI.</i> — Vérification des apports et composition des assemblées constitutives.	107
<i>Section VII.</i> — Vérification des souscriptions et versements, nomination des administrateurs et acceptation de leur part.	127
<i>Section VIII.</i> — Stipulations contraires à la loi.	134
CHAPITRE III. — § 1. — Moment de la constitution de la société.	137
§ 2. — Cas où la société est constituée sans souscription publique.	138

<i>Appendice.</i> — § 1. — Sociétés anonymes à capital variable.	140
§ 2. — Sociétés anonymes d'assurances.	142
CHAPITRE IV. — <i>Section I.</i> — De l'action en nullité.	145
<i>Section II.</i> — De la responsabilité.	152
§ 1 — Genèse de l'art. 42.	153
§ 2. — Caractères généraux.	156
CHAPITRE V. — Qui peut invoquer l'art. 42.	163
CHAPITRE VI. — Contre qui peut être invoqué l'art. 42.	173
CHAPITRE VII. — Etendue de la responsabilité.	185
CHAPITRE VIII. — Prescriptions.	203
CONCLUSION.	217

